This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

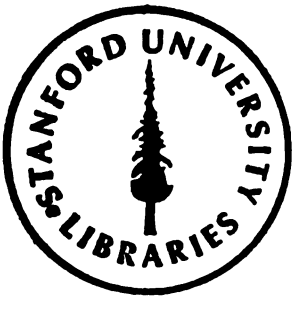
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

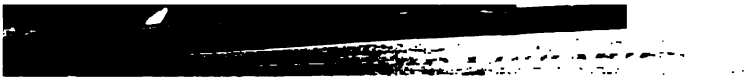
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


STANFORD UNIVERSITY
LIBRARIES

STANFORD UNIVERSITY
LIBRARIES



Oesterreichische

Vierteljahresschrift

für

Rechts- und Staatswissenschaft.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Haimerl,
k. k. ord. öffentl. Professor der Rechte in Wien.

Dreizehnter Band.

Wien 1864.
Wilhelm Braumüller,
k. k. Hofbuchhändler.

I

Das Pfandrecht im Stadium der Fälligkeit der Pfandforderung.

Vom Herrn Dr. Paul Hoffmann, o. öff. Professor des röm. und Kirchenrechtes an der k. Rechtsakademie zu Kascha", ungar. Landes- und Gerichts-Advokat, corr. Mitglied der ungar. Akademie der Wissenschaft.

Mit der Existenz eines Rechtes (im subjektiven Sinne) ist regelmäßig auch die rechtliche Möglichkeit sofortiger Ausübung desselben gegeben. Eine Ausnahme hievon tritt nur dort ein, wo vermöge einer Nebenbestimmnng die Verwirklichung eines vereinbarten Rechtes einem zukünftigen Zeitpunkte vorbehalten wurde, wie solches bei Rechtsgeschäften zu geschehen pflegt.

Die Ausübung des Pfandrechtes insbesondere ist, bei der subsidiären Bedeutung desselben, vermöge welcher es nur die Bestimmung hat, Forderungsrechte zu sichern, indem es der auf Befriedigung des Gläubigers abzielenden Ausübung derselben seinerzeit ein außerhalb der Person des Schuldners befindliches Substrat gewährt, ganz und gar von jenen Bestimmungen abhängig, welche den Zeitpunkt der versicherten obligatorischen Leistung festsetzen (§§. 902, 904 d. a. b. G. B.); wobei aber auch noch die Voraussetzung hinzutritt, daß die obligatorische Leistung zur gehörigen Zeit nicht erfolgt ist.

Die Möglichkeit der Ausübung des Pfandrechtes beginnt daher mit dem Eintreten der Pfandforderung in das Stadium der Fälligkeit bei nichterfolgter Befriedigung derselben.

Ein Recht ausüben heißt, den Inhalt desselben zu thatsächlichem Ausdrucke bringen [1]); insbesondere besteht die Ausübung

[1]) Unger, System. B. I. §. 68.

des Pfandrechtes darin, daß der Pfandgläubiger das ihm verpfändete Vermögensobjekt zur Befriedigung der Pfandforderung verkauft, ausnahmsweise (beim pignus nominis) auch noch darin, daß er die ihm verpfändete Forderung selbst ausübt.

I. Diesen Grundsätzen entsprechend bestimmt der §. 461 b. a. b. G. B.: „Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriediget; so ist er befugt die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen. Das Gericht hat dabei nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren".

Die österreichischen Civilisten, beinahe ohne Ausnahme[2]) und eine entschiedene Praxis haben dieser Vorschrift eine Ausdeutung gegeben, der zufolge der Pfandgläubiger, um bei eingetretener Fälligkeit der seinem Pfandrechte zu Grunde liegenden Forderung den gerichtlichen Verkauf des Pfandes veranlassen und aus dem gelösten Kaufpreis Befriedigung sich erholen zu können, vorerst den Schuldner mit der aus jener Forderung entspringenden Klage belangen und in diesem Rechtsstreite, sei es im Wege rechtskräftigen Urtheils, oder eines zur Executionsführung berechtigenden Vergleichs obsiegen, das ist: die gerichtliche Zuerkennung der Pfandforderung und die demgemäße Condemnirung des Beklagten erwirken müßte.

Es läßt sich nicht übersehen, daß der Wortlaut obiger Vorschrift dieser Auslegung bestimmt widerspricht, wornach die Haltbarkeit der letzteren lediglich auf inneren Gründen beruhen könnte, welche zugleich die Verkehrtheit der Textirung jener Vorschrift darthun müßten. Dem zuwider zeigt es sich aber bei genauer Prüfung der von den österreichischen Civilisten für jene Deutung angeführten Gründe, daß diese, weit entfernt von jenem gewaltigen Hintergrunde des geschrie-

[2]) Denn die gegen die herrschende Meinung ankämpfenden und mit der im Texte verfochtenen in den Endresultaten theilweis übereinstimmenden Ausführungen von Minasiewitz, Turnes und Nippel sind ohne Wirkung geblieben. Die ungarischen Commentatoren des a. b. G. B. sind der herrschend vorgefundenen Ansicht beigetreten; nur Wenzel scheint der sie vertretenen Auslegung beizustimmen, da er zur Erläuterung des §. 461 a. b. G. B. bloß die §§. 504—523 und 539 der ungarischen C. P. O. anführt, welche nur von dem letzten Grad der Execution, nämlich von der gerichtlichen Feilbietung handeln, wenn hierbei überhaupt an eine Controverse gedacht wurde. Unger's gewichtige Stimme wurde hierüber noch nicht abgegeben, doch wird sie sicherlich mindestens für die negative Seite meiner Ausführung, also entschieden wider die herrschende Gegenmeinung in die Wage fallen; höchstens kann er die vorherige Durchführung der actio hypothecaria verlangen.

benen Rechtes, der Wesenheit des fraglichen Rechtsverhältnisses zu entstammen, vielmehr eben jenem Wortlaute des Gesetzes abgerungen wurden, welcher der zu begründenden Auslegung so entschieden widerspricht.

Die Methode, mit deren Hilfe dieser offenbare Widerspruch ausgeglichen werden sollte, ist ebenso sonderbar, als bezeichnend, indem zur Versöhnung obiger Vorschrift mit dem ihr beigelegten Sinne erstere buchstäblich und der Idee nach von rückwärts auf interpretirt wurde.

Freilich wohl mußte bei solchem Beginnen der Frage sorgfältigst ausgewichen werden, worüber denn der Gesetzgeber bei jener Stelle des Codex angelangt, eigentlich Bestimmung zu treffen hatte, und in welchem Zusammenhange diese Vorschrift mit dem in dem betreffenden Hauptstücke (II. 6.) abgehandelten Rechtsinstitute und mit dessen bis dahin getroffener Normirung stehe? Denn daß die Randüberschrift des §. 458 und dessen bis einschließlich §. 466 hinabreichenden Unterabtheilungen dieser Gruppe von Vorschriften, worunter sich auch die fragliche Vorschrift befindet, die Aufgabe stellt: Die „Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers", oder mit anderen Worten: den gesammten Inhalt des Pfandrechtes nach den verschiedenen Stadien seiner Existenz, sowie dessen Ausübung und Geltendmachung [3]) in unterschiedlichen Verhältnissen zu bestimmen; dieser Umstand mußte bei Begründung der Ansicht, daß die Befugniß des Pfandgläubigers „nach dem Verfalle der Forderung" in der einzigen Möglichkeit bestehe, den Schuldner mit der Klage aus der dem Pfandrechte zu Grunde liegenden Forderung zu belangen, freilich wohl außer Acht gelassen werden.

Aber auch ganz isolirt betrachtet, berechtiget der Wortlaut des §. 461 nicht zu solcher Deutung. Denn es heißt ja doch darin ganz bestimmt: „wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriediget, so ist er befugt die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen". Einem so unzweideutigen Ausspruche gegenüber war die Behauptung, daß die Ausübung des Pfandrechts, also auch dessen Inhalt „nach dem Verfalle der Forderung, in der dem Pfandgläubiger eröffneten Möglichkeit bestehe, den Schuldner wegen Leistung des Geschuldeten zu belangen, noch immer nicht zu riskiren.

[3]) Zwei, wie wir später sehen werden, wesentlich verschiedene Begriffe, auf deren Verschiedenheit die hier verfochtene Meinung basirt.

Es blieb also nur noch der Schlußsatz jener Vorschrift: „das Gericht hat dabei nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren". Allein in seiner wirklichen Stellung zu dem, unzweifelhaft die Hauptbestimmung enthaltenden Vordersatze betrachtet, gewährt der, nur Formelles bestimmende Schlußsatz keine Stütze für die herrschende Auslegung. Denn das Gesetz gibt im ersten Satze dem Pfandgläubiger doch ganz bestimmt die Befugniß, nach eingetretener Fälligkeit der Pfandforderung die Feilbietung des Pfandes vom Gerichte zu begehren; hiernach wird aber die schließliche Anweisung des Gerichts: „dabei" nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren, durch den Vordersatz, worin nur von Feilbietung des Pfandes die Rede ist, und durch das, den Hintersatz von diesem Begriffe nicht loslassende Relativ „dabei" in seiner Bedeutung so sehr begrenzt, daß sich aus dieser ganzen Nebenverfügung keine Folgerung, am wenigsten aber eine solche ausstellen läßt, wofür der die Hauptverfügung treffende erste Satz nicht nur keinen Anhaltspunkt darbietet, sondern durch eine ganz deutlich getroffene anderweitige Bestimmung jeder Raum benommen hat.

Solchergestalt konnte für die herrschende Auslegung an der bezüglichen Vorschrift selbst nur dann einiger Anhaltspunkt gefunden werden, wenn die beiden Sätze völlig übereinander gestürzt wurden: es mußte von dem Schlußsatze ausgegangen, dabei verblieben, damit operirt und daraus Folgerungen gezogen werden, welche die an sich ganz unzweideutige Bestimmung des ersten Satzes völlig verkehren. Man mußte vorneweg damit beginnen, daß das Gesetz den Richter anweise, rücksichtlich des (vorläufig, trotz der im ersten Satze enthaltenen klaren Bezeichnung, dem Wesen nach wohlweislich gar nicht qualificirten) Einschreitens des Pfandgläubigers nach Vorschrift der G. O. zu verfahren, was „offenbar ein Verfahren zwischen Parteien voraussetzt, das zu Folge der in Frage stehenden Anordnung nach den Bestimmungen der G. O., an denen das b. G. B. gewiß nichts ändern wollte, eingerichtet werden muß" [4]). Nun durfte schon eingeschaltet werden: „die G. O. verfügt aber, wenige nicht hierher gehörige Ausnahmsfälle abgerechnet, daß die Execution (!) — und die Feilbietung ist nichts Anderes, als ein Executionsschritt [5]) — nur über einen richterlichen Spruch oder gerichtlichen Vertrag (Vergleich) ertheilt

[4]) M. v. Stubenrauch, Commentar zum allg. b. G. B. Bd. II. S. 84.
[5]) Immer? Und die Feilbietung der freiwilligen Gerichtsbarkeit?

werden solle“ [6]), woraus sofort der ersehnte Schluß gezogen werden konnte, daß „um die Feilbietung nach Vorschrift der G. O. durchzuführen, jederzeit ein ordentliches Verfahren und weil dieses in der Regel nur durch die Klage [7]) eingeleitet werden kann, eine ordentliche Klage [8]) vorausgehen“ [9]) muß.

Man sieht, daß diese, ursprünglich von Kopetzky aufgestellte und in der österr. Civilistik zu einiger Berühmtheit gelangte, Schlußfolgerung eigentlich auf einer, mit Umgehung der Hauptbestimmung des §. 461 veranstalteten Umschreibung, und mehrfacher Interpolation des Schlußsatzes dieser Vorschrift beruht und (vgl. Note 5) trotzdem noch keineswegs den Satz ergibt, der nachzuweisen war. Denn es wurde statt: „gerichtliche Feilbietung des Pfandes“, welches vom Relativum „dabei“ in den Schlußsatz übertragen ist, einmal: „Verfahren zwischen Parteien“, das andere Mal: „Execution“ gesetzt und damit (wie gezeigt werden soll) ganz fremde Begriffe in die Vorschrift gebracht; andererseits ergibt sich aber auch selbst aus dem derart erweiterten Satze immer nur erst soviel, daß eine Klage durchgeführt werden müsse, keineswegs aber daß eben die Klage aus der Pfandforderung.

II. Die Unrichtigkeit der herrschenden Auslegung ergibt sich daher aus folgenden Erwägungen.

Der Gesetzgeber hat sich bei der wörtlich angeführten Vorschrift, laut deren Randüberschrift, die Aufgabe gestellt, und wie aus den in der Vorschrift selbst gebrauchten Ausdrücken zu entnehmen, seine Absicht auch wirklich darauf gerichtet, zu bestimmen, wozu der Pfandgläubiger nach eingetretener Fälligkeit der pfändlich versicherten Forderung rücksichtlich des Pfandes befugt sei [10]). Vorausgesetzt also auch, es wäre Wille des Gesetzgebers gewesen, daß der Pfandgläubiger das Pfand erst dann zum Verkaufe bringen könne,

---

[6]) v. Stubenrauch, a. O.

[7]) Also wäre die gesammte nicht contentiose Jurisdiction ohne Verfahren.

[8]) Welche Klage? Die aus der Pfandforderung, oder jene aus dem Pfandrechte? dieß läßt obige Folgerung ganz im Zweifel: es beweist daher dieselbe auch im Falle ihrer Richtigkeit durchaus nicht quod erat demonstrandum.

[9]) v. Stubenrauch, a. O.

[10]) Diese beiden Momente müssen durchwegs festgehalten werden, will man sich über die Worte des Gesetzes nicht ganz und gar hinwegsetzen und damit der Interpretation allen Boden entziehen. Die Fälligkeit der Pfandforderung ist Ursache einer Wirkung rücksichtlich des Pfandrechtes; Gegenstand der Wirkung ist das Pfand, worin kann also die Wirkung bestehen? So steht die Frage.

wenn er die Existenz seiner Forderung dem Schuldner gegenüber im Wege Rechtens behauptet haben wird, ist jener §. (seiner Ueberschrift wegen) gewiß nicht der rechte Ort, solches zu erklären, oder er hätte vielmehr zwischen dem Pfandrechte vor — und dem Pfandrechte nach dem „Verfalle der Forderung" gar nicht unterschieden. Denn soll der Pfandgläubiger nach „dem Verfalle" noch immer nicht über das Pfand verfügen können, so begründet ja die Fälligkeit der Pfandforderung gar keinen Wechsel der pfandrechtlichen Befugnisse und das Pfandrecht gewährt dann wie vor — so auch nach eingetretener Fälligkeit bloß nur Sicherung, während die Ausübung der weiteren Befugniß, nämlich der Befriedigung aus dem Verkaufe des Pfandes, erst an die gerichtliche Durchführung der Pfandforderung gegenüber dem Schuldner zu knüpfen gewesen wäre. Es konnte also in dem „Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers nach dem Verfalle der Forderung" überschriebenen §. 461 von der Möglichkeit der Feilbietung des Pfandes gar nicht gehandelt werden, wenn sich dieselbe der herrschenden Meinung gemäß wirklich erst aus der gerichtlichen Durchsetzung der Forderung ergeben soll. Da aber von letzterer im ganzen, das Pfandrecht abhandelnden Hauptstücke keine Erwähnung gemacht wird, so hätte sich die Gesetzgebung gar nicht darüber ausgesprochen, wodurch denn der Pfandgläubiger endlich zur Befugniß gelange, sich aus dem Pfande Befriedigung zu erholen, — wenn nämlich nicht schon die Fälligkeit der Forderung dieselbe herbeiführt.

Es zeigt sich somit, daß der Gesetzgeber, nachdem er die Fälligkeit der Pfandforderung, und nichts Weiteres [11]), als jenen Wendepunkt bezeichnet hat, bei welchem angelangt das Pfandrecht in ein Stadium gesteigerter Wirksamkeit treten sollte, nur hieran die sofortige Möglichkeit der Feilbietung des Pfandes knüpfen konnte. Denn die Zumuthung, daß der Gesetzgeber dasjenige Pfandrecht, welches auf eine fällige Forderung Bezug hat, etwa nur darum so besonders hervorgehoben habe, um (der herrschenden Anschauung gemäß)

[11]) Oder doch! Da es heißt: Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt". Allein der Verfall der Forderung begreift auch die Nichtbefriedigung der Forderung, da Letztere nach der Befriedigung nicht mehr fällig, sondern getilgt ist. Nun aber ist sowohl die Befriedigung, als die Nichtfälligkeit ein Thatumstand, den der Schuldner zu beweisen hat; erstere, weil sie sein Faktum ist; letztere aber, weil der §. 904 b. G. B. alle bestehenden Forderungen, der Natur der Sache gemäß, sofort (also ohne speciellen Beweis) wirksam, das ist: fällig sein läßt. Vgl. Unger a. O. B. II. S. 576.

erklären zu können, es sei auch das Subject eines solchen Pfandrechtes gleich dem einfachen Gläubiger befugt, die mit der Forderung verbundene Klage anzustellen, — diese Zumuthung involvirt nicht nur eine von den unbedingten Verehrern des b. G. B. ganz unerwartete Anzüglichkeit rücksichtlich der juristischen Fassungskraft seiner Schöpfer und deren Zeitgenossen, sondern obendrein (wie schon erwähnt worden ist) die Annahme, daß sich der Gesetzgeber über die eintretende Möglichkeit der Feilbietung des Pfandes im ganzen, dasselbe abhandelnden Hauptstück gar nicht ausgesprochen habe.

Somit muß auch von den Vertretern der herrschenden Meinung vorläufig wenigstens so viel zugegeben werden, daß diejenige Bestimmung, welche sie herausgedeutet haben, in den §. 461 seiner Ueberschrift und Stellung wegen durchaus nicht hineinpasse. Dieses Zugeständniß nöthigt dieselben zu der Behauptung, daß sich der Gesetzgeber bei Abfassung der Randüberschrift des §. 461 im Ausdruck geirrt und demnach in der Vorschrift selbst denn doch dasjenige gesagt haben konnte, was die allgemein gewordene Auslegung daraus entwickelt, oder besser, hineingetragen hatte. Allein ein Blick auf den Wortlaut dieser Vorschrift selbst genügt, um die Grundlosigkeit dieser Behauptung zu erkennen. Denn sagt der Gesetzgeber nicht auch selbst in jener Vorschrift deutlich und in Uebereinstimmung mit deren Randüberschrift, daß der Pfandgläubiger nach eingetretener Fälligkeit seine Forderung zur gerichtlichen Feilbietung des Pfandes schreiten könne? Sollte aber dieses darum, weil das Gericht hinterher und hinsichtlich der Form angewiesen wird, dabei nach Vorschrift der G. O. zu verfahren [12]), den gegentheilig verfochtenen Sinn haben, dann hätte der Gesetzgeber in dieser Vorschrift eigentlich solches bestimmt: der Pfandgläubiger könne nach dem Verfalle seiner Forderung die Feilbietung des Pfandes verlangen, das Gericht aber solle ihn mit diesem Begehren ab und dahin weisen, daß er den Schuldner um Zahlung belange. Und mit dieser Consequenz hat die herrschende Meinung sich selbst gerichtet. Es zeigt sich nämlich, daß sie, wo immer sie sich an das Gesetz anlehnen will, sich selbst und das Gesetz in fortwährende Widersprüche verwickelt, aus denen nur noch die endliche Behauptung herausführen kann, daß der Gesetzgeber, so

[12]) Gegentheilig wird daher der Inhalt, das Wesen der Befugniß des §. 461 trotz dem, daß ihn das Gesetz deutlich genug angibt, aus der Form, in der sie ausgeübt werden soll, auf eine Weise abgeleitet, als ob das Gesetz nur die Form angegeben hätte und über das Wesen gänzlich schweigen würde.

wie bei der Randüberschrift des §. 461, auch im Texte desselben sich unrichtiger Ausdrücke bedient, statt: Anstellung der Klage aus der Pfandforderung, „Feilbietung des Pfandes"; oder aber statt: nach gerichtlicher Durchsetzung der Forderung, „nach Verlauf der bestimmten Zeit" gesagt habe. Damit wäre nun der ganze §. 461 sammt den bis zu §. 458 hinaufreichenden Randüberschriften total rasirt, und allerdings ein Raum gewonnen, um eine andere beliebige Bestimmung anzubringen; allein da ein solches Verfahren nur aus den unbedingtesten inneren Gründen (und dem sonstigen Benehmen der österr. Civilisten nach geurtheilt — gar niemals) zu rechtfertigen ist, solche Gründe aber der (durchaus grammatischen) herrschenden Auslegung bisher noch gar nicht unterstellt worden sind, so muß wohl diese als ganz verfehlt erachtet und der fraglichen Gesetzstelle jener Sinn beigelegt werden, der, indem er dem Wortlaut derselben entspricht, auch eine an sich selbst und im wesentlichen Zusammenhange ganz entsprechende Disposition darstellt.

Endlich hat man sich wohl noch auf das deutsche Privatrecht berufen, welchem eben jene Bestimmung des §. 461, daß der Verkauf des Pfandes gerichtlich erfolge, entlehnt worden ist; allein man hat in gewohnter, doch wenig ersprießlicher Genügsamkeit sich damit beschieden, die Quelle dieser Bestimmung so obenhin anzugeben und mit einiger Genugthuung auf den Gegensatz hinzuweisen, worin sich diese Vorschrift mit der den Privatverkauf des Pfandes gestattenden römischen Rechtsanschauung befinde. Damit ist nun aber noch keineswegs eine Stütze für die herrschende Meinung gewonnen, sondern es müßte noch überdieß nachgewiesen werden, daß im deutschen Privatrechte unter Gerichtlichkeit der Feilbietung auch wirklich die Abführung eines Rechtsstreites, und zwar eines über die Pfandforderung verstanden werde, — ein Beweis, den die Vertreter der herrschenden Meinung bisher nicht einmal versucht haben.

III. Die Vorschrift des §. 461 b. G. B. muß demnach ihrem Wortlaute entsprechend dahin erklärt werden, das Gesetz räume dem Pfandgläubiger die Befugniß ein, mit eingetretener Fälligkeit der Pfand-Forderung [13]) das Pfand im Wege gerichtlicher Feilbietung zu ver-

[13]) Der Umstand, daß das Gesetz die Fälligkeit der Pfandforderung als Voraussetzung der Ausübbarkeit der fraglichen Befugniß hinstellt, erheischt (wie schon in der Note 11 gezeigt worden ist) eine dießfällige Beweisführung Seiten des Pfandgläubigers nicht, es kann daher auch von diesem Gesichtspunkte aus der Pfandgläubiger nicht gehalten sein, seine Forderung vorhergehend zu liquidiren.

kaufen und sich aus dem gelösten Kaufpreise für seine bezügliche Forderung bezahlt zu machen (§. 464 b. G. B.); wobei die gerichtliche Intervention sich lediglich auf die Kundmachung der Feilbietung, Verständigung des Pfandschuldners (respective des fremden Pfandbestellers) und Leitung der Versteigerung, so wie allenfalls auf die Vertheilung des Kaufschillings beschränkt.

Hiermit kann aber die Lehre vom Pfandrechte im Stadium der Fälligkeit der Pfandforderung, oder von der Ausübung des Pfandrechtes noch keineswegs als abgeschlossen betrachtet werden, sondern es beginnen vielmehr von hier an erst die Schwierigkeiten so recht eigentlich [14]). Bevor daher für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht die Beweisführung auch aus inneren Gründen (vgl. unter V.) unternommen werden kann, ist eine eingehende und weitführende Beleuchtung der sehr allgemein gehaltenen Vorschriften des §. 461 b. G. B. durchaus nothwendig.

Als Einleitung muß die Bemerkung dienen, daß, obschon solches im §. 461 nicht ausdrücklich erwähnt wird, die Ausübung der dem Pfandgläubiger darin eingeräumten Befugniß eine Voraussetzung habe, in deren Ermanglung die Fälligkeit der Pfandforderung dieselbe allerdings *nicht* gewähren *kann*. Diese Voraussetzung ist: daß der Pfandgläubiger *im Besitz des Pfandes*, respective sein Pfandrecht auf dasselbe bücherlich einverleibt sei [15]).

Dieses Erforderniß deutet zunächst auf eine wichtige Verschiedenheit der Pfand*objekte* hin, woraus sich hinwieder eine wesentliche Verschiedenheit des Pfand*rechts* selbst ergibt.

Das Verhältniß, welches der §. 309 b. G. B. ganz richtig als

---

[14]) Diese Schwierigkeiten entstehen nicht etwa erst mit der im Texte verfochtenen Anschauung, sondern sind in der Natur der Sache, des thatsächlichen Verhältnisses begründet. Es muß aber bedauert werden, daß, Einiges ausgenommen, worüber *Unger* a. O. bereits mehr oder weniger zu sprechen Gelegenheit fand, man sich in der österreichischen Literatur vergebens nach einer Erörterung dieser Fragen umsehen muß.

[15]) Den Besitz des *Faustpfandes* kann sich der Pfandgläubiger durch die Pfandklage verschaffen; *diese* muß er also *allenfalls* anstrengen, nicht die Klage aus der Forderung. Die über die Vorschrift des §. 466 b. G. B. das ist über das petitum der Pfandklage unter den österr. Civilisten entstandene Controverse ist insofern bemerkenswerth, als die bereits auf Enkeln sich vererbenden Gegenansichten *beide* irrig sind. Das petitum ist: Herausgabe des Pfandes sammt (etwa benöthigtem) Zugehör, nichts weiter. Denn daß sich der Besitzer von der Herausgabe durch Bezahlung der Pfandforderung befreien *kann*, ist lediglich *seine* Sache; der klagende Gläubiger kann solches nicht *fordern*. Vgl. schon vorläufig: *Unger* a. O. B. I. S. 513. Note 88 und 89.

Besitz bezeichnet, drückt sich nur in Beziehung auf s. g. körperliche Sachen in voller Schärfe aus; oder vielmehr, ein Besitz an den s. g. unkörperlichen Sachen (Rechten) wird erst im Wege einer Modification der hinsichtlich des Besitzes so aufgestellten Begriffsbestimmungen denkbar, indem man darunter (juris quasi possessio) die thatsächliche Ausübung dessen versteht, was der Inhalt eines Rechtes ist (Schlußsatz des §. 312 b. G. B.). Allein nicht jedes Recht gestattet eine dem Besitzverhältniße analoge, das ist eine solche Ausübung, welche bei Fortbestand des Rechts in einem andauernden Zustand sich darstellt [16]). Das römische Recht erkennt deshalb angemessener Weise einen Quasibesitz nur bei dinglichen Nutzungsrechten. Wie steht es aber diesfalls nach österreichischem Rechte?

Der Vorschrift des §. 311 b. G. B. zufolge sollen „alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, in Besitz genommen werden" können, und nachdem der §. 298 b. G. B. die s. g. „Rechte" (unkörperlichen Sachen) in der Regel den beweglichen (körperlichen) Sachen beigezählt wissen wollte [17]); so hat der §. 452 zur Entstehung des Pfandrechtes an solchen Sachen eine „symbolische Uebergabe" als jenes Moment gefordert, wodurch das dem körperlichem Besitze analoge Verhältniß hergestellt werden soll.

Die erschöpfende Beleuchtung aller dieser Vorschriften würde uns nothwendigerweise auf ein ganz neues Feld führen [18]); es wird aber vielleicht möglich werden, das Richtige daran für die hier zu lösende Aufgabe durch Beantwortung dreier Fragen darzulegen.

1. Was ist die Tendenz der Vorschrift des §. 425 des b. G. B.? Offenbar nur die, den im b. G. B. dem Pfandrechte durchwegs beigelegten Charakter der Dinglichkeit auch

---

[16]) Vgl. Unger, a. O. B. I. §. 68. Note 4.

[17]) Ueber die hierbei vorschwebenden Motive, vgl. Unger, a. O. B. I. S. 356 fg.

[18]) Der Umstand, daß man in Oesterreich auch hinsichtlich solcher Grundsätze noch im Unklaren ist (die natürliche Folge jener Methode, jeden Fortschritt der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, der nicht ohne alle Schwierigkeit mit dem b. G. B. nachgethan werden konnte, beiläufig ebenso zu betrachten, als hätte er sich im Rechte des himmlischen Reiches ereignet), macht monographische Darstellungen beinahe unmöglich und man muß daher demjenigen völlig bestimmen, was Unger in der Vorrede zu seinem System S. VI, von dem Vorhandensein eines Systems als der nothwendigen Voraussetzung solcher Darstellungen sagt, und deßwegen die möglichst rasche Fortsetzung seines die dießfällige Lücke unserer Literatur ausfüllenden Werkes dringend wünschen.

hinsichtlich der Entstehung des Pfandrechtes durchzuführen. Da nämlich aus Verträgen überhaupt nur eine Forderung, oder, wie es der Schlußsatz des §. 451 ausdrückt, nur der „Titel" entstehen, dieser aber „nur ein persönliches Recht" dem Contrahenten gegenüber geben soll, so mußte zur Entstehung auch des Pfandrechts, welches im §. 447 durchwegs als dingliches Recht aufgefaßt wird, ein Akt gefordert werden, der dem Verhältniße des Pfandgläubigers zu der ihm zu verpfändenden Sache selbst Ausdruck gibt. Dieser Akt ist hinsichtlich (körperlicher) Sachen im §. 451 ganz passend festgesetzt: „körperliche Uebergabe" bei beweglichen Sachen, „Einverleibung in die öffentlichen Bücher" bei unbeweglichen. An s. g. unkörperlichen Sachen, oder wie es im §. 452 heißt: an „denjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zulassen" [19]), soll das Pfandrecht, analog der im §. 427 hinsichtlich des Erwerbs des Eigenthums getroffenen Verfügung, „durch symbolische Uebergabe" erworben werden, das ist, durch Gebrauch „solcher Zeichen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann". Die wahre Bedeutung dieser symbolischen Uebergabe soll weiter unten, bei Beantwortung der dritten Frage, dargelegt werden; hier handelt es sich zunächst darum, ob selbst diese Uebergabe, vorläufig abgesehen von deren Möglichkeit, das Pfandrecht an einer s. g. unkörperlichen Sache, z. B. an einer Forderung, dinglich mache? Man muß dieses ebenso entschieden verneinen, als bedauern, daß man bei uns hiefür noch den Beweis liefern muß [20]). Es geschehe hier der Kürze wegen bloß an einem Beispiele [21]). Man nehme an, daß A dem B einen am 1. Mai 1861 zu entrichtenden Kaufpreis von 1000 fl. schuldet, B verpfändet im Oktober 1860 diese seine Forderung dem C für ein am 1. Juli 1861 zurückzuzahlendes

---

[19]) Wohl sind hierunter auch gewisse körperliche Sachen (die Sachgesammtheiten) gemeint, gewiß aber auch die s. g. Rechte, soweit sie Objekte der Verpfändung sind, da das Gesetz für diese eine eigene „Erwerbungsart" weiters nicht aufstellt. Hinsichtlich der Sachgesammtheiten vgl. Unger, a. O. B. I. §. 57.

[20]) v. Stubenrauch, a. O. B. II. S. 1, 2, meint das Pfandrecht sei nur im römischen Recht „nicht ganz unbestrittener" Natur, nach österreichischem aber durchwegs ein dingliches, — weil das Gesetz es immer als solches bezeichnet. Wenn die Macht eines menschlichen Gesetzes wirklich derlei Dinge vermöchte, nemlich rein geistige Beziehungen (wie z. B. eine Forderung) in (körperliche) Sachen zu verwandeln, — wie lange würde die wunderbare Harmonie im physischen Weltall wohl bestehen haben können! Mit derselben Leichtigkeit könnte man decretiren, daß die Sonne in Zukunft im Westen aufgehe.

[21]) Vgl. Unger, a. O. B. I. S. 511—523 oben und Note 91.

Darlehen in gleichem Betrag, indem er mit letzterem einen schriftlichen Pfandvertrag errichtet und den A von der erfolgten Verpfändung des seinerseits zu leistenden Kaufpreises in Kenntniß setzt. Einige Zeit hiernach wird B von seinem Gläubiger D mit einer Wechselforderung von 1000 fl. hart bedrängt, so daß er sich bewogen findet, diesem (dem D) seine (des B) Forderung an A Anfangs Mai 1861 zu cediren. D geht nun sogleich in Gesellschaft das B den A außergerichtlich um Entrichtung des Kaufpreises von 1000 fl. an und A läßt sich dazu herbei, ungeachtet er Kenntniß hat, daß eben diese Leistung dem C für dessen am 1. Juli 1861 zu befriedigende Darlehensforderung an B bereits früher verpfändet worden ist. Es unterliegt nun allerdings keinem Zweifel, daß C nach Analogie des §. 458 b. G. B. von B ein anderes Pfand zu verlangen berechtigt ist, oder ihn mit der actio mutui wegen Rückzahlung des Darlehens von 1000 fl. belangen und auf Grund des hierauf erlangten condemnatorischen Urtheils im Nothfalle auch das ganze Vermögen desselben (des B) in Execution ziehen könne; allein das sind Befugnisse aus einem rein obligatorischen Rechtsverhältniße. Und nicht anders steht es mit dem Anspruche, daß A den Kaufpreis nochmals, nämlich dem C leiste, weil er denselben an D unverpflichteter Weise bezahlt hat [22]); denn dieser Anspruch beruht auf jenem obligatorischen Verhältniße, in welches A dem C gegenüber dadurch gezogen wurde, daß ihm die an diesen erfolgte Verpfändung des von ihm (A) dem B geschuldeten Kaufpreises notifizirt worden war. Dinglich (oder nach Umständen absolut) wäre allenfalls das Pfandrecht des C nur dann zu nennen, wenn er befugt wäre zu fordern, daß ihm D den von A (ungebührlich) gezahlten Kaufpreis herausgebe. Allein so weit geht der Anspruch des C nun einmal nicht, weil damit ein Gegenstand gefordert würde, der ihm nicht verpfändet worden ist, nämlich jene individuellen Geldstücke, welche A dem D zugezählt hatte; verpfändet wurde ihm bloß die Leistung des

[22]) Man könnte selbst schon diesen Anspruch bestreiten, vorgebend, daß, nachdem die geschehene Verpfändung die Dispositionsbefugniß des Verpfänders (wenigstens zum Zweck der Uebertragung, resp. Cession) hinsichtlich des Pfandes nicht alterirt, er dasselbe nicht nur cediren, sondern die verpfändete Leistung an ihn oder seinen Rechtsnachfolger auch wirksam erfolgen konnte. Allein da bei der gerichtlichen Pfändung einer Forderung dem von der Pfändung seiner Schuld benachrichtigten Schuldner eine, der im Text angegebenen analoge Haftung beigemessen wird (§. 475, ung. C. P. O.), so ist kein Grund vorhanden, diese Haftung bei der freiwilligen Verpfändung auszuschließen, vorausgesetzt, daß der Schuldner von der Verpfändung seiner Leistung benachrichtigt worden ist.

A oder besser gesprochen, die rechtliche Verpflichtung des A zu dieser Leistung — eine rein ideelle Beziehung. Es kann also das Pfandrecht des C kein dingliches Recht genannt werden, und zwar weder im eigentlichem und wahren Sinne dieses Wortes, wornach es ein Recht an einer fremden körperlichen Sache bedeutet und welchem auch der §. 307 b. G. B. ganz richtig Ausdruck gegeben hat [23]); noch im Sinne der älteren Doctrin, welche [24]) den Begriff des dinglichen Rechts mit jenem der absoluten (gegen jeden hinderlichen Dritten realisirbaren) Rechte verwechselte. Es ist eben die von Rechtswegen weder mittheilbare, noch aufhebbare Eigenschaft der Körperlichkeit, wegen deren Abgang an derlei Rechtsobjekten eine dingliche Berechtigung nicht stattfinden kann.

2. Worin soll der Besitz bei Forderungen bestehen? Diese Frage gilt dem §. 311 b. G. B., wornach alle Rechte sollen in Besitz genommen werden können; hebt aber speciell nur die Forderungen heraus, weil als Gegenstand des Pfandrechtes neben den körperlichen Sachen und den dinglichen Nutzungsrechten, welche ein Besitzverhältniß unzweifelhaft zulassen, nur noch Forderungen vorkommen [25]). Die Antwort auf diese Frage aber ist, daß wenn ein Besitz an Forderungsrechten überhaupt gedacht werden kann, derselbe in der Ausübung der betreffenden Forderung bestehen müsse [26]). Allein da eine Forderung ausüben so viel heißt, als sich dafür Befriedigung verschaffen, damit aber die Forderung, so weit als die Befriedigung (das ist der angebliche Besitz) reicht, aufgehoben wird, so hört der Gegenstand des Besitzes in demselben Momente und durch dieselbe Thatsache auf, in welchem und durch welche der Besitz selbst Platz greifen sollte [27]). Oder kann etwa behauptet werden, daß schon mit

[23]) Vgl. Unger a. O. B. I. §. 61.

[24]) Und nach ihr, trotz der richtigen Begriffsbestimmung des §. 307 mehrfach auch das b. G. B., wie z. B. im §. 1073. Ob auch der §. 1095 eine solche Verwechslung enthält, bin ich, mit Rücksicht auf die der dinglichen Gestaltung wirklich zugängliche Natur der locatio conductio rerum, geneigt zu vereinen.

[25]) Vom Afterpfande weiter unten; es bildet keine eigene Gattung der Pfandobjekte.

[26]) Vgl. Schlußsatz des §. 312 b. G. B.

[27]) Vergebens wäre die Einwendung, daß eine Raten- oder Zinsenzahlung, durch den Schuldner geleistet, den Besitz begründe; da die Zahlung, so weit sie reicht, die Forderung (theilweis) tilgt, mithin gleichfalls den Untergang des Besitzobjektes herbeiführt, derjenige Theil der Forderung aber, den die Theilzahlung nicht tilgt, durch diese letztere auch nicht realisirt (ausgeübt), also auch nicht in Besitz gebracht wird. Vgl. Unger a. O. B. I. §. 62. Note 25 und §. 68. Note 4.

der bloßen Existenz einer Forderung für das Subjekt derselben zugleich auch der Besitz gegeben sei? Gewiß nicht, da die Existenz einer Forderung, das Haben einer Forderung eben nur das concret gewordene Recht selbst ist und nicht die faktische Ausübung, die Realisirung des Inhaltes desselben. Eben so wenig kann die Anerkennung der Forderung durch den Schuldner die quasi possessio begründen, da dieselbe gleichfalls nur auf die Existenz des Rechtes Bezug hat, nur diese zur Evidenz bringt, so wie etwa eine Urkunde oder Zeugen; die Realisirung des Inhaltes des Rechts aber (worin eben der Besitz besteht) damit eben so wenig stattgefunden hat, als die bloße Absicht sich zu bewegen, schon die Bewegung selbst ist. — Also auch hier setzt die verschiedene Natur und Eigenschaft der Rechtsobjekte dem allzuweit gefaßten Wortlaute des Gesetzes eine unübersteigbare Grenze.

3. Wie soll die symbolische Uebergabe des §. 452 gedacht werden? Uebergeben heißt, wenn es sich um (körperliche) Sachen handelt, so viel, als Jemanden den physischen Besitz derselben einräumen [28]); bei dinglichen Nutzungsrechten besteht die Uebergabe darin, daß der bisherige Nutzungsberechtigte oder (bei neu constituirten Nutzungsrechten) der Eigenthümer einer Sache (auch der emphyteuta) einer anderen Person die Ausübung des Nutzungsrechtes (den Quasibesitz) einräumt. In diesen beiden Fällen ist die besagte Uebergabe eine wirkliche. Allein während der §. 451 b. G. B. diese wirkliche Uebergabe zur Entstehung des Pfandrechtes an beweglichen (körper-

[28]) Es würde zu einer ungehörigen und unabsehbaren Abschweifung führen, wollte ich mich hier in eine Erörterung des s. g. Tabularbesitzes einlassen. Ich muß mich daher auf die Bemerkung beschränken, daß derselbe die rechtliche Bedeutung des körperlichen Besitzes weder ausschließt, noch auch bloß ersetzt, sondern neben derselben in der Weise Platz greift, daß das während der gesetzlich bestimmten Zeit andauernde Faktum der grundbücherlichen Einverleibung, bei Vorhandensein der übrigen gesetzlichen Erfordernisse, zur Erwerbung des betreffenden dinglichen Rechts, trotz dem etwa mangelnden körperlichen Besitz, ebenso führe, als dieser letztere nach Ablauf des vom Gesetz bestimmten Zeitraumes und bei Vorhandensein der übrigen Requisiten, trotz dem Tabularbesitz einer anderen Person, den Usucapionerwerb des betreffenden dinglichen Rechtes bewirkt. Nur mit Rücksicht auf Pfandrechte bewirkt der mit den gesetzlichen Erfordernissen versehene Tabularbesitz sofortigen Rechtserwerb, und (hinsichtlich der im Grundbuche verzeichneten Objekte) auch bloß der Tabularbesitz. Vgl. schon vorläufig Unger a. O. B. II. S. 284, 285. So wenig also dieser s. g. Tabularbesitz in strenger Sprachweise ein Besitz genannt werden kann, eben so wenig ist die Gewährung der grundbücherlichen Einverleibung eine Uebergabe, weder eine wirkliche, noch auch eine bloß sinnbildliche.

lichen) Sachen erheischt, begnügt sich der §. 452 bei der Verpfändung unbeweglicher Sachen (und zwar bei diesen lediglich) mit der bücherlichen Einverleibung, bei jener anderer Objekte mit einer sinnbildlichen Uebergabe. Es ist also zur Entstehung des Pfandrechtes an Nutzungsrechten nicht erforderlich, daß der Pfandgläubiger in die Ausübung derselben versetzt werde, denn das wäre dem Gesagten zufolge schon eine wirkliche Uebergabe. Die wirkliche Uebergabe eines im Grundbuche verzeichneten Nutzungsrechtes darf zufolge unseres Pfandsystems, welches die Antichresis verbietet, gar nicht stattfinden; ein Sinnbildliches gibt es aber nur von Wirklichem. Indeß wie soll man sich, abgesehen hiervon, die sinnbildliche Uebergabe eines Nutzungsrechtes denken? Ich glaube, daß man vergebens darnach grübeln wird. Die Andeutung, welche der §. 452 mit Hinweisung auf die analog sein sollende Bestimmung des §. 427 gibt, klingt zwar allerdings wie ein leitender Grundsatz, führt aber in Wirklichkeit zu keinem durchgreifenden Resultate. Allerdings läßt sich eine sinnbildliche Uebergabe bei körperlichen Sachen ganz gut denken; der Uebergeber, oder auch der Uebernehmer kann, wie es der §. 427 erheischt, „mit der Sache ein Merkmal verbinden, woraus jedermann deutlich ersehen kann[29]), daß die Sache einem Anderen überlassen worden ist"; wie man aber das im §. 452 zur Entstehung des Pfandrechtes geforderte gleiche Resultat, daß „jedermann die Verpfändung leicht

[29]) Die wirkliche Uebergabe versetzt den Uebernehmer unmittelbar in das, die Ausübung des betreffenden Rechtes faktisch ermöglichende Verhältniß, die sinnbildliche nur mittelbar. Wer z. B die Schlüssel eines Hauses, den Frachtbrief über gewisse Waaren u. s. w. erhält, kann sich mit dem Erhaltenen die thatsächliche Herrschaft über das Haus, über die Waaren verschaffen; er hat sie aber noch nicht erlangt. Ebendarum, weil die Gewährung der gb. Einverleibung die Möglichkeit eines solchen Uebergangs zur unmittelbaren Beherrschung der Sache (zur faktischen Ausübung des Rechtes) nicht in sich schließt, wurde in der vorhergehenden Note in Abrede gestellt, daß die erstere eine, auch bloß sinnbildliche Uebergabe, und die Thatsache der gb. Einverleibung selbst Besitz genannt werden könne. Die etwaige Einwendung, daß ja auch bei Uebergabe des Hausschlüssels oder des Frachtbriefes die faktische Beherrschung der Sache verhindert werden könne, wäre fruchtlos, denn faktische Ereignisse können eben sowohl auch selbst die bereits begonnene thatsächliche Beherrschung der Sache (in der Fortsetzung) behindern, und so wenig die Möglichkeit solcher zukünftigen Zwischenfälle das Vorhandensein der faktischen Beherrschung (in der Gegenwart) ausschließt (da ja eben der Bestand der letzteren gewissermaßen die Voraussetzung der Behinderung ist), ebenso wenig vermag die Möglichkeit der bloß faktischen Verhinderung, vermittelst des Hausschlüssels oder des Frachtbriefes thatsächliche Herrschaft an der Sache zu üben, jene oben angegebene Bedeutung der symbolischen Uebergabe deren Zusammenhang mit der thatsächlichen Beherrschung der Sache (der Ausübung des Rechtes) aufzuheben.

erfahren" könne, bei Nutzungsrechten erzielen soll, ist nicht zu begreifen, da bei diesen kein Substrat vorkommt, dem man ein „Merkmal" aufdrücken könnte. Ebenso verhält es sich aber mit der sinnbildlichen Uebergabe bei Forderungen; ja noch mehr, diese können wohl cedirt, aber nicht einmal wirklich (unmittelbar) übergeben werden, weil ein Besitz an ihnen nicht stattfindet, die Uebergabe aber eben in der Einräumung der corporis oder quasi possessio besteht. Zwar lehren die Commentare, daß die sinnbildliche Uebergabe bei Forderungen beispielweise durch „Uebergabe des Schuldscheines" bewirkt werde; allein sind etwa nur solche Forderungen zur Verpfändung geeignet, hinsichtlich welcher ein schriftliches Beweismittel existirt? Oder soll ein Unterschied gemacht werden zwischen der Verpfändung verbriefter und nicht verbriefter Forderungen? Auch die Benachrichtigung des Schuldners, daß sein Gläubiger (der nunmehrige Pfandschuldner) seine Forderung an ihn einem Dritten verpfändet habe, wird noch als Beispiel einer sinnbildlichen Uebergabe von Forderungen angeführt; allein wo bestimmte jemals ein Gesetz, daß man, um seine Forderung verpfänden zu können, auf seinen Schuldner reflektiren müsse? Muß man ihn ja doch nicht einmal von dem viel wirksameren Akt der Cession der Forderung benachrichtigen. Es ist für den Pfandgläubiger von wegen der Note 22 erwähnten Haftung des Schuldners des Pfandschuldners wünschenswerth, daß es geschehe; allein der Schuldner wird eben nur von der vollendeten Thatsache der Verpfändung benachrichtiget, nicht aber entsteht das Pfandrecht durch dieses Benachrichtigen. Es zeigt sich somit, daß man so recht eigentlich gar nicht weiß, woran man mit der symbolischen Uebergabe des §. 452 b. G. B., so weit es sich nämlich um die s. g. Rechte handelt, sei. Geeigneter ist es daher, nachdem man sich ohnehin überzeugt hat, daß es auch in Oesterreich nicht bloß ein dingliches, sondern auch ein obligatorisches Pfandrecht gebe, die Sache lieber bei dem rechten Namen zu nennen, und der thatsächlichen Gestaltung entsprechend zu behaupten, daß dasjenige Pfandrecht, welches weder (körperliche) Sachen, noch im öffentlichen Buche verzeichnete Rechte zum Gegenstande hat, einfach durch Vertrag (nudo pacto) entstehe. Und es läßt sich auch wahrlich nicht begreifen, warum ein solcher kein Pfandrecht, z. B. an einer Darlehens-Forderung, sollte hervorbringen können, da doch sowohl der Gegenstand dieses Pfandrechtes, als auch letzteres selbst rein obligatorischer Natur ist, und überdieß die sinnbildliche Uebergabe hier wirklich gar keinen Sinn hat.

IV. Wie am Anfange des vorigen Abschnittes bemerkt worden ist, hat die Ausübung der im §. 461 b. G. B. dem Pfandgläubiger eingeräumten Befugniß die Voraussetzung, daß er das Pfand *besitze*, weil sonst der ganz verschiedene Fall des §. 466 obwaltet. Aus dem zuletzt Erörterten folgt aber, daß es zur Verpfändung geeignete Objekte gibt, welche entweder überhaupt nicht in Besitz genommen werden können, oder vermöge der eigenthümlichen Gestaltung des österreichischen Pfandrechtes doch niemals in den Besitz *des Pfandgläubigers* kommen. Auch wurde nachgewiesen, daß die Verschiedenheit der *Pfandobjekte* eine *wesentliche* Verschiedenheit des *Pfandrechtes* selbst nach sich ziehe, nemlich die, wornach es ein dingliches Pfandrecht gibt und ein obligatorisches. Es begreift sich daher von selbst, daß die Befugniß des §. 461 nicht *jedem* Pfandgläubiger zusteht, sondern daß dieß bezügliche Unterscheidungen nach Maßgabe der Verschiedenheit der Pfandobjekte Platz greifen müßen.

Gegenstand des Pfandrechtes können aber sein:

1. *Körperliche Gegenstände*, das ist: Sachen im juristischen Sinne des Wortes, und wie gezeigt wurde, ist nur das auf solche bezügliche Pfandrecht ein dingliches Recht. Es läßt sich nicht verkennen, daß der §. 461 eigentlich nur diesen Fall normiren will, weil nur in diesem die Voraussetzung, unter welcher die Ausübung der in demselben eingeräumten Befugniß allein gedacht werden kann, zu verwirklichen ist; nur in diesem Falle kann nemlich der Pfandgläubiger das Pfand *in Besitz haben*, oder doch den Besitz desselben sich durch die Pfandklage verschaffen (vgl. §. 466 b. G. B. und oben Note 15). Allein selbst hinsichtlich des Pfandrechtes an (körperlichen) Sachen muß weiter unterschieden werden zwischen dem Falle wenn das Pfand eine bewegliche, und jenem, wenn es eine unbewegliche Sache ist. Nur im ersteren Falle ist zu Folge des §. 451 b. G. B. für den Pfandgläubiger die rechtliche Möglichkeit der corporis possessio gegeben, und für diesen muß demselben, immer vorausgesetzt, daß er den Besitz des Pfandes nicht verloren hat, die Befugniß des §. 461 in der hier verfochtenen Bedeutung *ganz eigentlich* zuerkannt werden. Anders verhält es sich hingegen mit dem Pfandrechte an unbeweglichen Sachen, mit unserer Hypothek, für welche man streng genommen die fragliche Befugniß nicht ohne weiters in Anspruch nehmen kann, sondern fordern sollte, daß der Pfandgläubiger

vorerſt die actio hypothecaria [30]) anſtrenge. Bei dem Umſtande aber, daß die Eintragung in das öffentliche Buch dem Pfandgläubiger alle jene Vortheile gewähren ſoll, welche ihm das Fauſtpfand gewährt, und dieſe Hypothek an unbeweglichen Sachen keinesfalls ohne weiters in eine Reihe mit der römiſchen Hypothek geſtellt werden kann, was ſchon der ganz neue Begriff des mit jener verbundenen ſ. g. Tabularbeſitzes beweiſt, wird man wohl nicht umhin können, auch dem Hypothekargläubiger jene Befugniß in der Weiſe zuzuerkennen, wie ſie dem Pfandgläubiger rückſichtlich des Fauſtpfandes, das er beſitzt, unzweifelhaft gebührt, umſomehr, wenn man noch nebenbei erwägt, daß das Faktum der grundbücherlichen Einverleibung, vermöge der dabei getragenen großen Vorſichten, die Berechtigung des Hypothekargläubigers noch unzweifelhafter zur Anſchauung bringt, als der, möglicher Weiſe ganz zufällige Beſitz des Fauſtpfand jene des Pfandgläubigers [31]).

2. Dingliche Nutzungsrechte. Gegen Zuerkennung der Befugniß des §. 461, im Falle es ſich um Pfandrechte an ſolchen handelt, ſpricht Alles, was gegen die ſofortige Ausübung derſelben bei Pfandrechten an unbeweglichen Sachen geſagt werden kann, und überdieß noch der Umſtand, daß das Pfandrecht an ſolchen Nutzungsrechten nicht einmal dinglich iſt. Dennoch dürfte aber zu unterſcheiden ſein, ob das verpfändete Nutzungsrecht an einer unbeweglichen Sache beſteht und daher das daran haftende Pfandrecht durch Einverleibung in das öffentliche Buch erworben wurde, oder ob das verpfändete Nutzungsrecht ein anderes Vermögensobjekt zum Gegenſtande hat. Und obſchon es gewiß iſt, daß im letzteren Falle von der ſofortigen Ausübung der Befugniß des §. 461 eben ſo wenig die Rede ſein kann, als bei der ſogleich zu erörternden dritten Art von Pfandobjekten, ſo wird man doch wohl dieſelbe dem Pfandrechte an einem im Grund-

---

[30]) Wegen dem dimittere des Pfandes. Alſo in keinem Falle kann es geboten ſein, daß die Klage aus der Pfandforderung angeſtrengt werde, es iſt aber eben darum die herrſchende Anſicht jedenfalls und durchwegs unrichtig und worüber vernünftiger Weiſe geſtritten werden kann, iſt beſchränkt auf die hier verfochtene Meinung, und jene, daß die actio hypothecaria anzuſtellen ſei.

[31]) Auch iſt nicht zu überſehen, daß bei uns das dimittere nicht ganz in der Weiſe des römiſchen Rechtes gefordert werden kann, da nach unſerem Rechte der Beſitzer des liegenſchaftlichen Pfandes dasſelbe nur an den Käufer, nicht aber an den Pfandgläubiger fahren zu laſſen verpflichtet iſt, — ein Umſtand den der leitende Gedanke unſerer Hypothek und die Gerichtlichkeit der Feilbietung mit ſich bringt.

buche verzeichneten Nutzungsrechte ebenso wenig versagen können, als dem an einer Liegenschaft bestehenden Pfandrechte, weil für beide dieselben Gründe sprechen. Die Autorität des öffentlichen Buches soll dem einverleibten Pfandrechte alle jene Vortheile gewähren, welche der Besitz des Pfandes beim Faustpfande bietet, so weit es die Natur des Objektes zuläßt: und die im Grundbuche verzeichneten Nutzungsrechte sind für die sofortige Ausübung der fraglichen Befugniß durchaus nicht hinderlicher Natur.

3. Forderungen. Da an solchen kein Besitz stattfinden kann, so wird auch der Pfandgläubiger zu einem derartigen Pfande niemals in jenes faktische Verhältniß kommen können, welches die Voraussetzung der sofortigen Ausübung des im §. 461 eingeräumten Befugnißes ist. Hieraus folgt aber noch keineswegs, daß der Pfandgläubiger, der herrschenden Meinung entsprechend, den Schuldner mit der Klage aus der Pfandforderung belangen müsse (vgl. Note 30); namentlich wird er dieses weislich unterlassen, wenn aus dem Verkaufe des Pfandes für ihn völlige Befriedigung zu erwarten und ihm daher an dem sonstigen Vermögen des Pfandschuldners nichts gelegen ist. Freilich wohl ist die Durchführung der Pfandklage schwieriger, als jene der Klage aus der Pfandforderung, denn bei jener muß nicht bloß die Existenz des Pfandrechtes, sondern auch die der Pfandforderung (wenigstens qua naturalis obligatio) dargethan werden. Dennoch bietet die Durchführung der Pfandklage dem Pfandgläubiger den großen Vortheil, daß damit Alles auf einmal abgethan wird, während mit der Klage aus der Pfandforderung eben nur die letztere, das ist die einfache, unversicherte Forderung zur Anerkennung gebracht werden kann. Man wende nicht etwa ein, daß ja auch das die Forderung anerkennende Urtheil dem Pfandgläubiger die Möglichkeit eröffne, sich ein Pfandrecht, und zwar an einem beliebigen Vermögensobjekte des condemnirten Schuldners zu verschaffen und dasselbe sodann exekutorisch zu verkaufen; denn das wäre ein neuerworbenes Pfandrecht, während es dem Pfandgläubiger der Priorität wegen eben darum zu thun sein kann, daß er, das ihm bereits zustehende Pfandrecht zur Geltung bringe, — ganz abgesehen davon, daß die den Schuldner condemnirende Sentenz auch nicht einmal im Wege der Exekution zum Verkauf des Pfandes führen kann, wenn dieses letztere nicht der Schuldner, sondern für diesen ein dritter bestellt hatte. Wollte nun der Pfandgläubiger sein ursprüngliches Pfandrecht der herrschenden Meinung entsprechend zur Geltung bringen, so müßte er

zuerst über die Klage aus der Pfandforderung ein condemnatorisches Urtheil erwirken, — um dann nochmals, nämlich mit der actio hypothecaria klagbar zu werden; und das ist eben diejenige Consequenz der herrschenden Meinung, wodurch diese sich selbst nahezu ad absurdum widerlegt. Weitere Fälle, in denen der Pfandgläubiger es besser unterlassen wird, aus seiner Forderung zu klagen, sind, der soeben angedeutete Fall, wenn das Pfand nicht der Schuldner, sondern ein Dritter bestellt hat; wenn der Pfandgläubiger, die ihm verpfändete Forderung nicht verkaufen, sondern Kraft der ihm zustehenden Alternative selbst ausüben, das ist, vom Schuldner des Verpfänders sich beitreiben will [32]).

Keine vierte Gattung von Pfandobjekten bilden die Afterpfänder. Ganz richtig bezeichnet der §. 454 b. G. B. [33]) als Gegenstand des Afterpfandrechtes nicht etwa bloß das erste Pfandrecht, sondern auch den Gegenstand desselben. Je nachdem daher das Pfand eine bewegliche Sache, eine Liegenschaft, ein im öffentlichen Buche verzeichnetes Nutzungsrecht, ein solches an einem sonstigen Vermögensobjekte (z. B. an einem verzinslichen Darlehen), oder aber an einer Forderung ist: wird der Pfandgläubiger die Befugniß des §. 461 sofort mit der Fälligkeit seiner Forderung ausüben können, oder aber vorher die actio hypothecaria durchführen müssen, — wie für diese verschiedenen Fälle soeben dargethan worden ist. Selbstverständlich wird beim Verkaufe des Pfandes durch den Afterpfandgläubiger die Fälligkeit nicht nur der zweiten, sondern auch der ersten Pfandforderung vorausgesetzt.

V. Es soll nun für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht der Beweis auch noch aus inneren Gründen geliefert werden.

Indem ich aus der Vorschrift des §. 461 b. G. B. für den Pfandgläubiger die Befugniß in Anspruch nahm, das Pfand sofort

---

[32]) Anerkannt in der ungarischen Civil-Prozeß-Ordnung, §§. 473—478 allerdings nur für das pignus in causa judicati captum; es ist aber kein Grund vorhanden, diese Alternative hierauf zu beschränken da sie nicht aus der Natur des pignus in causa judicati captum, sondern aus der eigenthümlichen Beschaffenheit dieser Pfandobjekte (der Forderungen) fließt. Ob der Pfandgläubiger das Eine oder das Andere wähle, immer muß er vorher die actio hypothecaria anstellen, deren Petit in diesem Falle dahin lautet: der Geklagte sei gehalten zu dulden, daß seine Forderung X an N vom Kläger zur Befriedigung seiner Forderung y. verkauft, oder direkt ausgeübt werde. Wird das letztere gewählt, so dient dem Pfandgläubiger das erlangte Urtheil dem Schuldner N gegenüber als Cession, auf deren Grund sodann die verpfändete Forderung gerichtlich oder außergerichtlich beigetrieben werden kann.

[33]) „Der Pfandgläubiger kann sein Pfand .... wieder verpfänden".

nach eingetretener Fälligkeit der Pfandforderung, im Wege gerichtlicher Feilbietung zu verkaufen, habe ich zugleich dieselbe einerseits auf den Fall beschränkt, daß eine (körperliche) Sache und zwar hauptsächlich eine bewegliche [34]), Gegenstand des Pfandrechtes ist; anderseits aber die sofortige Ausübung dieser Befugniß von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß der Pfandgläubiger im körperlichen Besitze des Pfandes, respective sein Pfandrecht darauf im öffentlichen Buche eingetragen sei. Von selbst ergibt es sich daher, daß die Gründe für die Richtigkeit meiner Behauptung nicht in dem allgemeinen Wesen des Pfandrechtes überhaupt, sondern in der dinglichen Natur desselben (so weit es solcher ist) und in der rechtlichen Bedeutung des Besitzes (so weit ein solcher hier vorkommt) gesucht werden müssen.

Das allgemeine Wesen des Pfandrechtes braucht bei dieser Beweisführung nur Gründe von negativer Bedeutung zu liefern. Da ich nämlich nicht behauptet, sondern vielmehr in Abrede gestellt habe, daß aus jedem Pfandrechte die Befugniß des §. 461 sofort ausgeübt werden könne; so ist aus dem allgemeinen Wesen des Pfandrechtes eben nur so viel nachzuweisen, daß dasselbe der sofortigen Ausübung dieser Befugniß kein Hinderniß entgegenstelle.

Nun bietet aber das allgemeine Wesen des Pfandrechtes nur einen einzigen Anhaltspunkt, von dem aus die sofortige Ausübbarkeit der fraglichen Befugniß bestritten werden könnte. Es läßt sich hieraus höchstens einwenden, daß das Pfandrecht durchwegs der selbstständigen Existenz entbehre, und immer eine Forderung voraussetze, zu deren Sicherung und eventuellen Befriedigung es dienen soll, was allerdings richtig ist; und hieraus der nicht übel klingende, aber nichts desto weniger ganz unrichtige Schluß ziehen, daß also auch die Ausübung und Geltendmachung des Pfandrechtes keine selbstständige sein könne. Allein dieser Schluß ist, wie gesagt, ganz und gar unrichtig. Denn obgleich es kein Pfandrecht gibt ohne eine durch das-

---

[34]) Daß diese Befugniß trotzdem auch für die durch grundbücherliche Einverleibung erworbenen Pfandrechte (für Pfandrechte an Liegenschaften, dinglichen Nutzungsrechten) in Anspruch genommen wurde, beruht, wie schon gesagt, darauf, daß die Eintragung in das öffentliche Buch dem Pfandrechte in Rücksicht der Befriedigung dieselbe Wirksamkeit verleihen soll, welche das mit dem Besitze des Pfandes verbundene dingliche Pfandrecht hat. Das Muster für die Hypothek ist demnach in dieser Hinsicht das Faustpfand, und wenn diesem die fragliche Befugniß gebührt, so gebührt sie auch jener.

selbe gesicherte Forderung, so ist jenes doch auch nicht ein bloßer Bestandtheil der letzteren, sondern hat, unter Voraussetzung der Forderung, einen eigenen Inhalt, nämlich die Befugniß, ein fremdes Vermögensobjekt zur Befriedigung einer Forderung verkaufen zu können. Es tritt also bei der Pfandbestellung zu dem einen Rechte (der Forderung) ganz eigentlich ein zweites Recht (das Pfandrecht) hinzu, das nicht etwa eine bloße Erweiterung des Inhaltes der ersten ist, sondern durch seinen eigenen Inhalt jenem Sicherheit gewährt. Hat aber das Pfandrecht einen eigenen Inhalt, wie solches nicht bezweifelt werden kann (§. 447 b. G. B.), so muß es auch besonders ausgeübt und geltend gemacht werden können, weil die Ausübung eben die Verwirklichung des Inhaltes, die Geltendmachung, die Bethätigung desselben in der gerichtlichen Streitigkeit ist. Die Möglichkeit der besonderen Geltendmachung hat in der Pfandklage Ausdruck gefunden. Der §. 466 des b. G. B., obschon von dubioser Textirung, gewährt, selbst nach der Auslegung der angesehensten Vertreter der hinsichtlich des §. 461 herrschenden Meinung [35]), dem Pfandgläubiger für den Fall, daß „der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen anderen übertragen hat", die Befugniß, sich unmittelbar an die Sache (das Pfand) zu halten, das ist, dem jeweiligen Besitzer dieselbe mit der Pfandklage abzufordern und sodann zu seiner Befriedigung gerichtlich zu verkaufen, ohne daß es vorerst der Anstrengung und Durchführung der Klage aus der Pfandforderung dem Schuldner gegenüber bedarf. Kann aber sonach das Pfandrecht besonders und sofort mit der Fälligkeit der Pfandforderung, das ist, ohne vorher aus letzterer klagbar geworden zu sein, geltend gemacht, daß heißt: gerichtlich ausgetragen werden; so ist nicht abzusehen, warum es nicht sollte auch einfach ausgeübt werden können, wenn nämlich diesem kein außer dem Bereiche der erlaubten Selbsthilfe liegendes Hinderniß wiederstrebt. Man erwäge doch die Sache ganz unbefangen, wenn der Pfandgläubiger zu Folge des §. 466 b. G. B. berechtigt ist, das Pfand dem

[35]) Winiwarter, Commentar, B. II. §. 153 (der 1. Auflage). Stubenrauch, a. O. B. II. S. 103—106. Es ist eine schreiende Inconsequenz, die Ausübung der Befugniße des §. 466 b. G. B. der freien Wahl des Pfandgläubigers zu überlassen und ihm aus §. 461 die sofortige Ausübung der fraglichen Befugniß zu verweigern; er soll an der in seinem Besitze befindlichen Sache nicht friedlich ausüben dürfen, was er, im Falle er die Sache nicht besitzt, sogleich, nachdem er sich den Besitz derselben verschafft hat, anerkannterweise zu thun berechtigt ist.

dritten Besitzer nach eingetretener Fälligkeit der Pfandforderung mit der Pfandklage abzunehmen und dasselbe dann gerichtlich zu verkaufen, ohne vorhergehende Belangung des Schuldners mit der Klage aus der Forderung[36]); warum sollte er das Pfand nicht sofort gerichtlich verkaufen können, wenn er dasselbe ohnehin besitzt? Ersteres ist die gerichtliche Geltendmachung eines Pfandrechtes, dessen einfache Ausübung durch den Umstand verhindert wird, daß sich das Pfand im Besitze nicht des Pfandgläubigers, sondern eines widerstrebenden Dritten befindet; letzteres ist die keinem Hindernisse ausgesetzte einfache Ausübung des Pfandrechtes. Die Pfandklage verschafft dem Pfandgläubiger nur den Besitz des Pfandes; im Besitze des Pfandes kann er aber dieses sofort verkaufen, wenn er also das Pfand schon vorneweg besitzt, so steht er zum Pfande ganz in demselben Verhältnisse, wie wenn er den Besitz desselben erst durch die Pfandklage erlangt hätte, — in beiden Fällen ist daher sein Können dasselbe. Uebrigens genügt es mir vorläufig, wenn man zu Folge des bisher Gesagten, nur so viel zugibt, daß das Pfandrecht einen eigenen Inhalt, eine eigene Ausübung und Geltendmachung seines Inhaltes habe, bei welch' letzteren bloß die Sonderbarkeit vorkommt, daß sie, je nach ihren Erfolgen, auf die Pfandforderung rückwirken, sie ganz oder theilweis tilgen. Hieraus ergibt sich aber auch, daß das allgemeine Wesen des Pfandrechtes nichts enthält, was der sofortigen Ausübung der aus dem §. 461 für den Pfandgläubiger beanspruchten Befugniß widerstrebt.

Hingegen kann der Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht aus der besonderen Natur des dinglichen Pfandrechtes und aus der rechtlichen Bedeutung des hierbei vorkommenden Besitzverhältnisses geradezu und positiv abgeleitet werden.

Dinglich sind nämlich diejenigen Rechte, welche unmittelbar eine Sache, im juristischen Sinne des Wortes, das ist, „der physischen Herrschaft des Menschen unterwerfbare Stücke der Natur“[37]), zum Gegenstande haben. Die Sachen unterscheiden sich aber von anderen

[36]) Was sollte auch die Durchführung dieser Klage in Rücksicht des dritten Besitzers des Pfandes bedeuten? Jene Klage kann nur die Condemnirung des Schuldners N herbeiführen, was geht es den dritten Besitzer des Pfandes an, daß N zur Leistung eines pecunia chirographaria verhalten worden ist? Nur das an der Sache bestehende Pfandrecht begründet für ihn die Nothwendigkeit, jene fahren zu lassen; also bedarf es nur der Geltendmachung des Pfandrechtes.

[37]) Vgl. Unger, a. O. B. I. §. 45.

Rechtsobjekten dadurch, daß sie der Herrschaft der Person gar keine Rücksicht auflegen, das ist, sich unbedingt unterwerfen lassen, während die Personen, wenn sie selbst oder ihre Leistungen [38]) auch Gegenstand von Rechten sind, auch ohne specielle Gegenverpflichtung des Berechtigten, dem letzteren bei Ausübung seines Rechtes gewisse Schranken setzen, — weil sie eben auch Personen sind und als solche nie bloße Gegenstände von Rechten sein können. Von diesem Gesichtspunkte betrachtet ergibt sich, daß die in Frage stehende Befugniß dem Pfandgläubiger nicht abzusprechen sei, wenn das Pfand eine (körperliche) Sache ist und sich in seinem Besitze befindet, hingegen nicht zusteht, wenn ein anderes Vermögensobjekt ist. Man denke sich ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache und nehme (unserer Voraussetzung gemäß) an, daß der Pfandgläubiger das Pfand besitze (vergl. Note 34). Nun frage ich, was soll denselben hindern, mit der in seiner Gewalt befindlichen Sache zu verfahren, wie es seines Rechtes ist, das heißt, letzteres an der Sache auszuüben? Was veranlaßt ihn sein Recht gerichtlich geltend zu machen? Der Klage bedarf es nur dort, wo der Ausübung eines Rechtes solche Hindernisse entgegentreten, deren Beseitigung außerhalb des Kreises der erlaubten Selbsthilfe liegt und nur der richterlichen Gewalt zusteht; und immer liegen diese Hindernisse in dem thatsächlichen Verhalten einer Person, welche dann der Beklagte sein wird. Wenn z. B. der Pfandgläubiger den Besitz des Pfandes verliert und dasselbe im Besitze eines die Rückstellung verweigernden Dritten ist; wenn Jemand das Eigenthumsrecht durch unberechtigte Ausübung des Inhaltes einer Servitut schmälert; wenn der Schuldner dem Gläubiger zur rechten Zeit nicht leistet [39]), immer wird die Klage darum angestellt, weil die einfache Ausübung des betreffenden Rechtes durch

---

[38]) Ich nenne hier die obligatorischen Leistungen nur uneigentlicher Weise Gegenstände des Rechtes, und erkenne vollkommen die Richtigkeit der von Unger, a. O. B. I. §. 59 I dießbezüglich gelieferten Ausführung.

[39]) Doch ist dieß nur ein Anlaß, zu fordern, daß der Schuldner leiste, das ist, Anlaß, die Klage aus der Forderung anzustellen. Dessen bedarf aber der Pfandgläubiger in unserem Falle nicht, da er sich ja aus dem Verkauf des Pfandes bezahlt machen will. In Rücksicht des Pfandrechtes ist das Nichtzahlen des Schuldners keine thatsächliche Behinderung, weil ja das Pfand eben darum bestellt wurde, daß sich der Gläubiger im Falle des Nichtzahlens daraus befriedige; also ist das Zögern des Schuldners mit der Leistung keine thatsächliche Behinderung der Ausübung des Pfandrechtes, und daher auch kein Anlaß, die Pfandklage anzustellen.

das thatsächliche Verhalten einer Person [40]) gehindert ist. Wer hindert aber den das Pfand besitzenden Pfandgläubiger an der einfachen Ausübung seines Rechtes? Der Gegenstand desselben gewiß nicht, denn er ist ein willenloses Werkzeug des Menschen; dritte Personen ebenso wenig, da ja eben der Pfandgläubiger die Sache besitzt und dadurch vielmehr selbst jeden Andern hindert, auf dieselbe einzuwirken, — ein Umstand der Anlaß zur Klaganstellung für jeden Anderen ist, nur nicht für den Pfandgläubiger.

Es ergibt sich also, daß die herrschende Gegenmeinung den Pfandgläubiger auch dort, populär gesprochen, zum Prozessiren nöthige, wo für ihn wenigstens, dazu gar kein Grund obwaltet. Denn sollte sich jener Fall wirklich ereignen, dessen Gespenster den Blick der Verfechter der Gegenmeinung getrübt haben dürften, — sollte es sich ereignen, was sich wohl ebenso ereignen kann, als Mord und Todschlag, nämlich: daß Jemand eine in seinem Besitze befindlichen Sache unberechtigter Weise zum gerichtlichen Verkaufe bringen wollte, — so ist es Sache des dadurch in seinem Rechte Verletzten, klagbar zu werden [41]);

---

[40]) Dieß geht aus folgendem Beispiele recht anschaulich hervor. Wenn der Pfandgläubiger das Pfand verliert und es später wieder findet, so ist zu unterscheiden, ob es im Besitze einer anderen Person ist, oder nicht. Im letzteren Falle wird der Pfandgläubiger sein Pfand einfach in Gewahr nehmen; im ersten hingegen den die Rückstellung verweigernden Besitzer klagen müssen.

[41]) Die Rechtsmittel gegen die unbefugte Feilbietung sind:

a. Wenn die Sache dem Feilbietungswerber gar niemals verpfändet worden ist, die rei vindicatio (§. 366 b. G. B.), auf Herausgabe der Sache lautend. Da der Beklagte in diesem Falle das Eigenthumsrecht des Klägers anerkennt, dieser hingegen das angebliche Pfandrecht des ersteren bestreitet, so wird Beklagter sachfällig, wenn er die Existenz seines Pfandrechtes nicht nachweist.

b. Wenn Beklagter an der Sache ein Pfandrecht nicht mehr hat, gleichfalls die rei vindicatio, mit obigem Petit. Da hier der Beklagte das Eigenthumsrecht des Klägers, dieser die Existenz des Pfandrechtes des Beklagten pro praeterito gleichfalls zugibt, so muß Kläger, um zu reussiren, die Endigung des Pfandrechtes des Beklagten darthun.

c. Wenn die Sache zwar auch noch gegenwärtig dem Beklagten pfandweise haftet, dieser aber vor eingetretener Fälligkeit der Pfandforderung das Pfand distrahiren wollte, die negatoria in rem actio (§. 523 b. G. B. doch hier ungebührlich auf die Richtung gegen Dienstbarkeiten beschränkt), auf Unterlassung der Distraction lautend. Da in diesem Falle Beklagter das Eigenthumsrecht des Klägers, dieser das Pfandrecht des Beklagten anerkennt; da ferner alle Rechte in der Regel sofort mit ihrer Entstehung auch ausübbar sind (die sofortige Ausübbarkeit gehört zu den naturalia negotii) und eine Betagung (als accidentale negotii) stets auf einem pactum adjectum beruht, welches immer Derjenige zu beweisen hat, der es behauptet (vergl. Unger, a. O. B. II. S. 576), so muß Kläger um zu siegen, beweisen, daß die Pfandforderung noch nicht fällig sei.

nicht aber heißt das recht, alle jene, die durch das Faktum des Besitzes (der grundbücherlichen Einverleibung) wenn auch nicht eben die Vermuthung der Berechtigung für sich haben [42]) (deren sie übrigens gar nicht bedürfen; ausgenommen man wollte ihnen eine praesumtio juris et de jure zuschreiben, was zu einem vollkommenen Faustrechte führen würde), keinesfalls aber der Usurpation verdächtig wurden, sondern gerechten Anspruch haben weder in dem Besitzverhältnisse, noch in der Ausübung der damit verbundenen Befugniß, mit der Sache zu verfügen, gestört zu werden (so lange nicht

---

d. Wenn der Beklagte an der Sache ein Pfandrecht hat, die Pfandforderung auch fällig ist, jener aber aus dem Verkaufe des Pfandes sich mehr aneignen wollte, als ihm seiner Pfandforderung nach gebührt, — dann ist die Distraktion nicht zu verhindern; der (ehemalige) Eigenthümer der (nunmehr) verkauften Sache kann aber den ihm gebührenden Ueberschuß des Kaufschillings mit der condictio sine causa fordern, und unter Umständen seinen dießfälligen Anspruch durch ein provisorisches Sicherungsmittel (21. Hauptstück der ung. C. P. O.) schon im vorhinein wahren.

Handelt es sich um die unbefugte Distraktion eines im Grundbuche verzeichneten Rechtes, so wehrt sich der gefährdete Berechtigte in den beiden ersten Fällen dadurch, daß er die Löschung des betreffenden (einverleibten) Pfandrechtes bewirkt; der dritte Fall kann sich hier nur dann ereignen, wenn eine Fälschung der Tabularurkunde stattgefunden hat, was im strafrechtlichen Verfahren dargethan wird; im vierten Falle dient hier gleichfalls die condictio sine causa.

Diese Rechtsmittel reichen zum Schutze des Verpfänders (andere Pfandgläubiger schützen sich mit der hypothecaria in rem actio und resp. Behauptung der Priorität ihres Pfandrechtes) vollkommen aus. Denn der Verpfänder wird ja auf einem Pare des Licitationsgesuches von der bevorstehenden Distraction des Pfandes verständigt und kann je nach Umständen mit einer der besagten vier Klagen seine Rechte noch vor der Feilbietung wahren. Nicht hinreichend sind diese Schutzmittel nur in dem Falle, daß Jemand unberechtigterweise um die gerichtliche Distraction einschreitet, und dabei ganz Unbetheiligte (seine Spießgesellen) als Verpfänder und Schuldner vorschützt, die dann die Distraction zugeben. Allein da der Distrahirende hierbei ebenso strafbar wird, als wenn er die in seinem Besitze befindliche Sache privatim veräußert, ja sogar wegen der leichteren Entdeckbarkeit seines strafbaren Beginnens eine unnöthige Gefahr heraufbeschwört, ist nicht anzunehmen, daß irgend ein Dieb jemals diese gerichtliche Posse aufführen werde. Auch können derlei Handlungen nicht durch das Civilrecht hintangehalten werde.

42) Wie die in Note 2 erwähnten Schriftsteller auf Grund des §. 323 b. G. B. zur Begründung der von mir verfochtenen Ansicht irrthümlich behauptet haben. Denn würde das Factum des Besitzes eine Vermuthung (im juristischen Sinne dieses Wortes, eine Rechtsvermuthung) für die Berechtigung begründen, so könnte z. B. der Dieb (falls der Diebstahl nicht geradezu nachgewiesen werden könnte) durch das Vorgeben, daß er pfandweise besitze, die rei vindicatio vereiteln, weil diese nur das Eigenthum des Klägers, der Besitz des Beklagten hingegen dessen Pfandrecht darthun würde, und der Beweis, daß die Sache nicht verpfändet worden ist, direkt nicht geliefert werden kann. Vgl. Unger, a. O. B. II. §. 130.

eine andere Person dagegen ein Recht zur Geltung gebracht hat), — vorneweg und grundsätzlich des Unrechtes zu verdächtigen, von einer übertriebenen, ja gänzlich unbegründeten Aengstlichkeit und Sorgfalt für das höchstens nur möglicherweise gefährdete Interesse der Eigenthümer von Pfändern geleitet, das Interesse der ebenso zahlreichen Pfandbesitzer durchwegs und wirklich hintanzusetzen, und mit Verkehrung des die Vertheilung der Prozeßrollen regelnden Grundsatzes Rechtsstreite anzubefehlen, welche sonst niemals entstanden wären.

Die Verfügung, daß der Verkauf des Pfandes unter Mitwirkung des Gerichtes stattfinden solle, hat allerdings das Interesse des Verpfänders vor Augen; diesem wird aber durch die Aufsicht des Gerichtes und Beiziehung des Verpfänders schon soweit entsprochen, als es nur immer Rücksicht verdient. Ein Schritt noch weiter, wie ihn die herrschende Meinung gethan hat, und der maßlose Schutz des einen Rechtes wird zur Verletzung des Anderen.

Endlich kann die Unrichtigkeit der herrschenden Auslegung des §. 461 noch an einem speziellen Falle ganz schlagend nachgewiesen werden. Man denke sich ein Pfandrecht, bestehend zur Sicherung einer klaglosen Forderung (obligatio naturalis). Wie soll hier der Pfandgläubiger zur Befriedigung aus dem Verkaufe des Pfandes gelangen, wenn die herrschende Meinung richtig und demnach vorhergehend die Anstrengung und Durchführung der Klage aus der Pfandforderung durchaus stattgefunden haben müßte? Da doch solchen Forderungen eben nur die Klagbarkeit fehlt. In solchen Fällen wäre keinem Theile zu helfen, denn der Pfandgläubiger könnte nie zum Verkaufe des Pfandes schreiten und der Eigenthümer des Pfandes dasselbe nie zurückerlangen, weil einer die Klage des Andern excipiendo zurückweisen würde, — es wäre denn, daß der Pfandgläubiger das Glück (!) oder Geschick hätte, den Besitz des Pfandes zu verlieren, da ihm die herrschende Meinung (vgl. Note 35) erst in diesem deplorablen Zustande die Vergünstigung gewährt, sich unmittelbar an das Pfand zu halten, — wenn er es, nämlich, nicht mehr hat.

II.

Was ist die s. g. intellectuelle Fälschung und gibt es im österreichischen Strafrechte eine solche?

Vom Herrn Dr. Hermann Ortloff, Professor d. Rechte in Jena.

Ich habe vor einiger Zeit in dieser Zeitschrift*) einen Blick auf die Selbstständigkeit der deutschen Strafrechtswissenschaft geworfen und die Gefahren dabei angedeutet, welche durch die moderne Sucht, aus fremden Rechten, besonders aus dem französischen, Begriffe und Terminologien in die deutsche Rechtswissenschaft und Rechtsübung zu übertragen, für die Selbstständigkeit besonders der deutschen Strafrechtswissenschaft entstehen können und werden, weil der code pénal und code d' instruction criminelle wenigstens materiell Quellen des deutschen Strafrechtes und Strafprozesses in einzelnen Partien geworden sind, und die gegenwärtige deutsche Doctrin viele Meinungen von der französischen entlehnt. Nachfolgendes Beispiel möge eine Warnung vor der Reception französischer Gesetzesproducte und doctrineller Nacherzeugnisse abgeben.

Die preußische Doctrin, deren Hauptorgan gegenwärtig Goltdammers Archiv seit 1853 ist, hat sich zur Aufnahme des Begriffes der s. g. materiellen und intellectuellen Urkundenfälschung aus der französischen Doctrin verleiten lassen, so daß dieser

*) Band VIII, S. 140 uff.

Begriff schon seit mehreren Jahren in der Praxis der preußischen Gerichte und selbst des Obertribunals zu Berlin in Gebrauch ist, aber besonders durch eine Abhandlung in Goltdammer's Archiv (1855), III. Bd., S. 784, mit jener Ueberschrift, in der preußischen Doctrin als eingebürgert legitimirt wurde. Obgleich das französische Recht der Gesetzgebung und Wissenschaft die s. g. intellectuelle Fälschung nur an öffentlichen Urkunden für möglich zuließ, so strebte die preußische Praxis, wie viele Belege im vierten und fünften Bande des genannten Archives zeigen, dahin, auch jenen Begriff auf Fälschungen von Privaturkunden auszudehnen, was jedoch das Obertribunal zu Berlin stets abgewiesen hat. Die Aufnahme jenes Begriffes in die preußische Doctrin hängt folgendermaßen mit dem französischen Rechte zusammen.

Als Verbrechen und Vergehen gegen das öffentliche Wohl findet sich im code pénale die Fälschung mit aufgeführt. Cap. 3, Absch. 1, Paragr. 3 handelt von der Fälschung in öffentlichen oder authentischen Schriften und in Bank- und Handelspapieren; §. 4 das. von der Fälschung in Privatschriften und §. 5 das. von Fälschungen in Päßen, Marschrouten und Certificaten. Im erwähnten §. 3 sprechen die Artikel 145 und 146 von Fälschungen der öffentlichen Beamten und die folgenden (Art. 147—149) von Fälschungen anderer Personen. Bloß Art. 145 und 146 bleiben von besonderem Interesse. Nach dem ersteren Art. soll „jeder öffentliche Beamte, der in Ausübung seiner Amtsverrichtungen ein Fälschung begeht — entweder durch falsche Unterschriften oder durch Veränderung der Urkunden, der Schriften oder Unterschriften, oder durch Unterschreibung von Personen, oder durch Beisätze, oder Einschaltungen in öffentliche Register oder andere öffentliche Urkunden, nachdem sie fertig oder geschlossen sind, mit Zwangsarbeit auf Lebenszeit bestraft werden". Diese sinnlich erkennbare und wirkliche Urkundenfälschung öffentlicher Beamten hat die französische Doctrin und ihre Repräsentanten, Legraverand, Chaveau Adolphe et Hélie, Dalloz u. s. w. faux matériel genannt. Dagegen das Verbrechen im Art. 146, welches jeder öffentliche Beamte dadurch begeht, daß er „bei Abfassung der in sein Amt einschlagenden Urkunden das Wesen oder die Umstände derselben betrügerischer Weise (frauduleusement der technische Ausdruck für Betrug ist dagegen escroquerie) verändert, indem er entweder andere Verabredungen niederschreibt, als von den Parteien entworfen oder vorgesagt worden sind, oder indem er falsche Thatsachen als wahr, oder Thatsachen als ein-

gestanden beurkundet, die nicht eingestanden waren", heißt in der französischen Theorie und Praxis faux intellectuel, weil hier die Fälschung nicht sinnlich erkennbar sei, sondern nur etwas Gedachtes betreffe. Die im Art. 147 erwähnte Urkundenfälschung von Seiten anderer Personen kann nur eine s. g. materielle Fälschung betreffen, weil die s. g. intellectuelle Fälschung nach einer richtigen Interpretation nur von öffentlichen Beamten begangen werden kann.

Es ist ganz klar, daß der Gegensatz im Art. 145 und 146 des code pénale in den von uns markirten Worten ruht. Es handelt sich um zwei Verbrechen öffentlicher Beamten dans l'exercice de ses fonctions, also innerhalb ihres Wirkungskreises, wovon das erste im Art. 145 eine Fälschung öffentlicher, innerhalb der Beamtenfunktionen liegender Urkunden, nachdem sie fertig oder abgeschlossen sind — depuis leur confection au clôture — enthält, welche auch eine gemeine Urkundenfälschung sein kann, wie sie Art. 147 begreift, wenn nur überhaupt öffentliche Urkunden von anderen Personen gefälscht oder verfälscht werden. Wenn ein öffentlicher Beamter dieses Verbrechen begeht, so mißbraucht er zur Fälschung sein amtliches Verhältniß, im Besonderen die amtliche fides und custodia, was als straferschwerendes Moment zu der Fälschung als Hauptverbrechen hinzutritt. Richtiger wäre es gewesen, wenn die Fälschung öffentlicher Urkunden im Art. 147 als gemeines Verbrechen an die Spitze gestellt und dann erst dieselbe, soweit sie auch von Beamten begangen werden kann, angereiht worden wäre. Diese Fälschung öffentlicher Urkunden ist also kein eigentliches Amtsverbrechen, sondern ein gemeines Verbrechen, welches strafbarer ist, wenn es Beamte in ihrem Wirkungskreise begehen. Dasselbe nennen die Franzosen also faux matériel.

Im Gegensatze hierzu steht bei ihnen faux intellectuel, ein Verbrechen, welches während der amtlichen Beurkundung — en rédigeant des actes de son ministere — vor den öffentlichen Beamten durch Unterschiebung eines unwahren Inhaltes oder Unterdrückung von Thatsachen und Vorbringen anderer Personen begangen wird. Dahin rechnet die französische Doktrin auch das Ausstellen unrichtiger Zeugnisse von Seiten öffentlicher Beamten unter legaler Form, das Unterschieben von Unwahrheiten in richterlichen Urtheilen, falsche Einträge in öffentlichen Glauben genießende Bücher u. s. w. Auch neigte sich die Doktrin dahin, ähnliche Handlungen von Privatpersonen in öffentlichen und Privaturkunden unter den Begriff der intellectuellen Urkundenfälschung zu fassen. Allein richtiger wurde der Begriff auf die

von öffentlichen Beamten ausgestellten Urkunden beschränkt. Wohl wegen der Aehnlichkeit dieses Verbrechens, vielleicht aber auch in der Meinung, daß es eine wirkliche Fälschung enthalte, stellte die französische Gesetzgebung das bezeichnete Verbrechen unter die Urkundenfälschung und die Doktrin machte daraus zum Unterschiede von der vorerwähnten Fälschung, welche sie eine materielle nannte, eine s. g. intellectuelle Fälschung. Ob ihr dabei das römische Recht, namentlich L. 16 D. de lege Cornelia de falsis und L. 1. §. 4 eod., sowie die hierauf fußenden Ansichten der romanistischen Theoretiker vorschwebten, mag ganz dahin gestellt bleiben, jedenfalls hat sie das wahre Wesen dieses Verbrechens im Art. 146 gänzlich verkannt. Diese s. g. intellectuelle Fälschung an öffentlichen Urkunden durch öffentliche Beamte bei Abfassung jener ist nur *scheinbar* überhaupt eine Fälschung, in Wirklichkeit aber ein reines *Amtsverbrechen*, eine Verletzung der amtlichen Beurkundungspflicht, oder der amtlichen Treue und Wahrheit, ein Mißbrauch der amtlichen, öffentlichen Form, welche Treue und Glauben genießt. Das Eigenthümliche des Verbrechens besteht darin, daß die Form der Beurkundung die *echte* bleibt, daß aber unter dieser legalen Form ein ganz unwahrer Inhalt geborgen wird. Also die Wahrheit und Treue der Beurkundung, die Protokollführern, Notaren, Registerführern, Ausstellern amtlicher Atteste u. s. w., auch Richtern, Medicinalpersonen, Polizeibeamten, überhaupt öffentlichen Beamten obliegt und Hauptgegenstand ihrer Amtspflicht ist, wird in den obigen Handlungen verletzt, nicht aber die *Form* der öffentlichen Urkunde. Dazu kommt, daß das genannte Verbrechen ganz *allein* von denjenigen Personen begangen werden kann, die mit der legalen Formgebung und Beurkundung vom Staate beauftragt sind; denn sofern eine andere Person, der diese Autorisation fehlt, jene Funktionen ausübt, dann ist eben die Urkunde keine legal errichtete, und das Gesetz spricht ja nur von den öffentlichen Beamten, welche während des Beurkundungsactes, im Gegensatze zu der im vorhergehenden Artikel erwähnten *fertigen* und *geschlossenen* Urkunden, das Verbrechen begehen. Urkundenfälschungen werden nach der richtigen Ansicht überhaupt nur durch Fälschung der *Form*, welche das Wesen der Urkunde als eines Beweismittels ausmacht, begangen. Der Inhalt kann davon ergriffen werden und in sofern könnte man von einer substantiellen oder materiellen Fälschung in einem anderen als dem französischen Sinne reden. Allein darauf kommt es bei der Urkunde überhaupt nicht an. Ist die Form nur *echt*, sind die im Rechte erfor-

derten Requisite der echten Form vorhanden, so gilt dann der Inhalt für wahr bis zum Beweise des Gegentheils oder mindestens bis zur Erhebung begründeter Zweifel. Die öffentliche Treue und der allgemeine Glauben knüpft sich bei der Urkunde an die Form, und hieran allein wird die Fälschung begangen, die sich ihrem Gattungsbegriffe nach, auch als Verbrechen wider die Gesellschaft und als Verletzung der öffentlichen Treue und des Glaubens darstellt. Ueberall, wo eine Veränderung oder Entstellung an der echten Form einer Urkunde nicht vorliegt, aber unter Wahrung derselben am Inhalte eine Wahrheitsentstellung begangen ist, ist keine Fälschung, sondern ein anderes Verbrechen anzunehmen, vielleicht Betrug, wahrheitswidrige Angabe oder falsches Zeugniß zu Protokoll, oder ein Amtsverbrechen unter den obigen Voraussetzungen.

Vor der Kritik kann demnach das im Art. 146 genannte Verbrechen nicht als Fälschung öffentlicher Urkunden bestehen; wollte man auch den Begriff der Fälschung für zulässig erachten, so würde sie kein gemeines Verbrechen, sondern ein Amtsverbrechen von reinsten Wasser sein, welches ausschließlich von Beamten an öffentlichen Urkunden, natürlich unter Beihehaltung des im Art. 146 aufgeführten Thatbestandes begangen werden kann, und würde dann im Systeme keineswegs unter die Fälschung als gemeines Verbrechen gehören. Dennoch hat die französische Doctrin contra rationem eine Fälschung daraus gemacht und sie „intellectuelle" genannt. Die Terminologie ist gleichfalls nicht günstig gewählt, weil das Wort materiell seinen natürlichen Gegensatz in formell findet und bei Urkunden gerade auf den Inhalt hindeutet, was intellectuell gleichfalls thut. Doch dieß ist Nebensache und irrelevant, nachdem der Begriff als durchaus unrichtig und unhaltbar nachgewiesen worden ist.

In Preußen war eine s. g. intellectuelle Urkundenfälschung von den Gerichten, wenigstens der Sache nach, schon früh angenommen, trotzdem daß ein Ministerialrescript von 1831 und Autoritäten wie Abegg, Mittermaier und Temme ihre Meinung dahin äußerten, daß nach §. 1380, Tit. 20. Th. II des allgemeinen Landrechtes es nicht als Fälschung oder Verfälschung einer Urkunde anzusehen sei, wenn in derselben unrichtige Angaben, von deren Unrichtigkeit der Aussteller überzeugt gewesen, beurkundet würden*), und auch in die

*) Den ganzen Zusammenhang geben genau an Temme, die Lehre vom strafbaren Betrug nach preuß. Rechte, S. 120 und Abegg in Goltdammer's Archiv, VI., S. 38.

Theorie z. B. in Escher's Lehre von dem strafbaren Betruge und der Fälschung (S. 396) ging jener Begriff unangefochten über. Dieser Begriff hat sich, wie oben angedeutet worden ist, wirklich in der preußischen Doctrin festgesetzt, aber es wäre zu wünschen, daß der wiederholten Warnung Abegg's, Folge gegeben würde, daß man in jenem Thatbestande keine Fälschung erkennen möge, sondern daß derartige Handlungen, welche ihrer rechtlichen Natur nach schon den selbstständigen Begriff eines Verbrechens begründeten, dessen eigenthümlichen Charakter keineswegs durch eine s. g. intellectuelle Urkundenfälschung verlören. Herr Abegg ist jedoch nicht tiefer auf das positive Recht eingegangen, was, nachdem es hier bereits rücksichtlich des französischen Rechtes geschehen ist, auch noch kurz rücksichtlich des preußischen geschehen soll, um die Grundlosigkeit einer Reception des französischen Begriffes der intellectuellen Fälschung, in Sonderheit von der preußischen Doctrin zur Interpretation des preußischen positiven Strafrechtes nachzuweisen und ein warnendes Beispiel derartiger Receptionen in einheimische Rechtsübung vorzuführen.

Wie der vierte und fünfte Band von Goltdammer's Archiv für preußisches Strafrecht nachweist, ist der Begriff der intellectuellen Fälschung und diese Terminologie noch immer im Gebrauche; wenn auch jenen das Obertribunal auf öffentliche Urkunden beschränkt hat, so hat er doch im preußischen Str. G. B. durchaus keinen Halt, und beruht auf einer unrichtigen Interpretation des §. 252. Der Thatbestand des Verbrechens im Art. 146 des code pénal findet sich im preußischen Str. G. B. (§. 323) an der richtigen Stelle unter den „Verbrechen und Vergehen im Amte" kurz dahin gefaßt: „Ein Beamter, welcher, um sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen, oder um Anderen zu schaden, Urkunden, deren Aufnahme oder Ausstellung ihm vermöge seines Amtes obliegt, unrichtig aufnimmt oder ausstellt, oder echte Urkunden, welche ihm vermöge seines Amtes anvertraut worden oder zugänglich sind, verfälscht" u. s. w. Die erste That ist ein reines Amtsverbrechen und enthält den Thatbestand der s. g. intellectuellen Fälschung, die letzte That jedoch ist eine Fälschung, begangen von einem Beamten und enthält den Thatbestand der s. g. materiellen Fälschung, wobei eben die concurrirende Verletzung der custodia ein straferschwerendes Moment zu dem Hauptverbrechen der Fälschung als eines gemeinen Verbrechens bildet. Der ersten That steht vollkommen dasjenige Verbrechen gleich, welches im §. 257 unter der Urkundenfälschung mitbegriffen ist, wo es heißt: „Aerzte, Wundärzte oder an-

dere Medicinalpersonen, welche unrichtige Zeugnisse ... wider besseres Wissen ausstellen". Dieß ist gleichfalls ein Amtsverbrechen, aber keine Urkundenfälschung.

Aber der Stützpunkt der beliebten „intellectuellen Fälschung" ist §. 252, welcher lautet: „Wer in der Absicht sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen, oder Anderen Schaden zuzufügen, bewirkt, daß Verhandlungen, Erklärungen oder Thatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie gar nicht, oder in anderer Weise, oder von anderen Personen abgegeben oder geschehen sind" u. s. w. Hätte der preußische Gesetzgeber das Verbrechen des Art. 145 des code pénal im Sinne gehabt, also daß von öffentlichen Beamten bei Abfassung öffentlicher Urkunden Unwahrheiten in der Aufnahme des Inhaltes und der Ausstellung jener begangen würden, so hätte er hier, wo es sich um die Darstellung gemeiner Verbrechen handelt, in der allgemeinen Form: „Wer" u. s. w. dasselbe Verbrechen wie im §. 323, nur etwas mehr ausgeführt, wiederholt und jene allgemeine Form gebraucht, um etwa auch Andere, die dasselbe Verbrechen begehen könnten, darunter zu begreifen und das Verbrechen als ein gemeines hinzustellen. Allein es kann ja von keinem Anderen als von einem Beamten begangen werden; wie käme dann der Gesetzgeber zu dieser allgemeinen Form und zu dieser Stellung im Systeme? Dennoch will die preußische Doctrin den an sich ganz falschen Begriff einer intellectuellen Fälschung in diesen §. 252 hineinlegen. Nach einer unbefangenen Interpretation ist das Subjekt dieses hier gemeinten Verbrechens überhaupt irgend Einer außer einem Beamten, der aber „bewirkt", daß Unwahrheiten unter legaler Form „beurkundet werden" d. h. eben von den damit und dazu beauftragten Beamten. Stände dies dabei, so wäre aller Zweifel gehoben. Nun wäre es möglich, daß der Beamte von der Unwahrheit und Unrichtigkeit in Kenntniß gesetzt und zur legalen Beurkundung angestiftet werde, daß also §. 252 die intellectuelle Urheberschaft zu dem Amtsverbrechen in §. 323 bestrafen wollte, unddiese unter den Begriff der Urkundenfälschung gehörig betrachte; allein da liegt aus den oben angegebenen Gründen gar keine Urkundenfälschung vor, weil die Form gar nicht von dieser intellectuellen Urheberschaft berührt wird. Die einzig richtige Interpretation ist die, daß nach Elidirung dieser Möglichkeit, der Beamte von dem Dritten, der ihm Unwahrheiten zur Beurkundung vorträgt, über ihre Eigenschaft getäuscht

wird und sie als Wahrheiten oder faktisch ihm gemachte Angaben beurkundet, so daß unter legaler Form, die mit bestem Wissen und gutem Gewissen von dem Beamten ausgestellt worden ist, zu betrüglichen Zwecken Unwahrheiten glaubhaft gemacht und als Wahrheit aufgenommen und verwendet werden sollen. Aber auch dieses Verbrechen, welches sich als wahrheitswidrige Angabe oder strafbare Lüge, falsches Zeugniß und selbst, sofern die betrügerische Absicht vorliegt, als Versuch des Betruges charakterisirt, ist keine Fälschung und würde nicht unter der Urkundenfälschung im Systeme aufzuzählen sein, jedoch mit der Entschuldigung, daß eine falsche Bezeichnung und fehlerhafte Stellung der Sache nicht schadet, unter einen der eben genannten Begriffe fallen *).

Die sogenannte intellectuelle Urkundenfälschung hat demnach nach dem preußischen Str. G. B., selbst abgesehen von ihrer Unrichtigkeit im französischem Rechte, nicht den geringsten Anhaltungspunkt und die preußische Doctrin befindet sich damit im ärgsten Irrthum, welcher als eine Frucht der Reception fremder doctrineller Auffassungen zu betrachten ist. Neuerdings scheint man den ursprünglichen Begriff dahin verändern zu wollen, daß man die wahrheitswidrigen Angaben Dritter vor öffentlichen Behörden behufs der legalen Beurkundung als „intellectuelle Fälschungen" bezeichnet; wie unrichtig auch dies ist, ist eben nachgewiesen worden **).

Man hat auch dem badischen Str. G. B. (Art. 427) und dem würtembergischem (Art. 358) jenen Begriff unterschieben wollen, aber jener bedroht die wahrheitswidrigen Angaben von Privatpersonen bei Aufnahme öffentlicher Urkunden und dieser die falsche Ausstellung von Privaturkunden auf eigenen Namen. Die preußische Doctrin steht demnach allein da mit der Aufnahme jenes Begriffes und mag es auch allein bleiben oder besser jenen Begriff ganz aufgeben. Werfen wir schließlich noch einen Blick auf das österreichische Str. G. B., so findet sich der Thatbestand des im Art. 146 des code pénal beschriebenen Verbrechens in §. 102 b. unter dem Mißbrauche der Amtsgewalt, welchen auch jeder Beamte begeht, der in Amtssachen, und ein Notar, der bei Aufnahme oder Ausfertigung einer Notariatsurkunde,

*) Beseler im Commentar befördert den Irrthum und ist sehr ungenau. Richtig hat L. F. Müller, die pr. Strafgesetzgebung S. 683 die Sache aufgefaßt.

**) S. einen Rechtsfall mitgetheilt von Abegg im Gerichtssaale 1858. Nr. XXIII. Vgl. auch das. 1856, II. S. 62.

eine Unwahrheit bezeugt. Ganz richtig ist dieses Verbrechen unter die Amtsverbrechen gebracht worden, und es gibt demnach im österreichischen Strafrechte keinen Anhaltspunkt für die Reception jenes an sich verwerflichen Begriffes einer s. g. intellectuellen Fälschung. Dagegen ist das Anbieten oder Ablegen eines falschen Zeugnisses vor Gericht in §. 199 a. unter den Voraussetzungen des §. 197 das Verbrechen des Betruges. Andere wahrheitswidrige Angaben vor Behörden sind als Uebertretungen im §. 320 e. bedroht; sie haben auch den Schein von Fälschungen, sind es aber in der That nicht, sofern nicht an Pässen oder Urkunden Veränderungen begangen oder Amts- und Ehrenzeichen dabei unbefugt angewendet werden. Der Begriff der Fälschung greift überall nur Platz, wo eine Echtheitsentstellung an der Original- oder der allgemeinen Glauben genießenden Form begangen wird. Die Beilegung eines falschen Namens oder Standes, die Angabe falscher Beschäftigungen oder anderer fälschlicher Umstände und überhaupt eine Hintergehung der Polizei-, Gemeinde- oder Staatsbehörden außer dem Falle strafgerichtlicher Untersuchungen, wofür besondere Gesetzesvorschriften gegeben sind, durch falsche Angaben, gehört unter den Begriff der strafbaren Lüge, welche, wenn die Irreführung der Obrigkeit in betrügerischer Absicht geschah, selbst als Versuch des Betruges sich qualificiren kann. Bei der dem österreichischen Str. G. B. eigenthümlichen Seperationsmethode, wornach derselbe Thatbestand je nach der höheren Strafbarkeit, den Begriff eines Verbrechens im ersten Theile des Strafgesetzbuches oder nach der geringeren im zweiten Theile desselben ein Vergehen oder eine Uebertretung ausmachen kann, hält es außerordentlich schwer eine systematische Uebersicht über Handlungen von demselben Hauptthatbestande zu erlangen, und daher ist es auch schwierig zu bestimmen, wie weit der Gesetzgeber den Begriff der Fälschung ausgedehnt hat. Die Verfälschung der öffentlichen Creditpapiere und Münzen, welche im eilften und zwölften Hauptstücke unter den Verbrechen im engeren Sinne mit bedroht sind, sind zwar auch Fälschungen, Verbrechen gegen die fides publica der Form nach, allein dem Inhalte nach sind sie Verbrechen gegen die Finanzhoheit und das Münzregal des Staates und erhalten dadurch ihren specielleren Charakter.

Die Fälschung überhaupt ist ein Verbrechen gegen die fides publica und erscheint als eine Art Aushülfsverbrechen, wenn nicht ein speciellerer Inhalt hervortritt, gegen den die Verletzung der fides publica zurücktritt und die Fälschung mehr als Täuschungsform oder

Täuschungsact zu anderen verbrecherischen Zwecken erscheint. Dieß ist z. B. der Fall bei dem Betruge, bei welchem die Täuschung unter der Form und mittelst einer Fälschung begangen und selbst das Mittel zur Verwirklichung der betrügerischen Absicht wird. Daher ist der Betrug nach §. 199 d. des österreichischen Str. G. B.'s zum Verbrechen i. e. S. erhoben, wenn Jemand zur Verwirklichung der betrügerischen Absicht eine öffentliche Urkunde oder eine durch öffentliche Anstalt eingeführte Bezeichnung mit Stempel, Siegel oder Probe nachmacht oder verfälscht. Man würde diese Begehungsweise des Betruges eine qualificirte oder einen ausgezeichneten Betrug nennen können wie z. B. das ältere sächsische Str. G. B. (Art. 247) es gethan hat. Die zum Betruge nothwendige Täuschung wird hier nicht mittelst der sonst straflosen Lüge oder listiger Kunstgriffe (Trug) erregt, sondern mittelst eines besonderen Verbrechens oder einer strafbaren Verletzung der fides publica, der Fälschung.

Außerdem kennt das österreichische Str. G. B. ein besonderes Verbrechen der Fälschung gar nicht, sondern dieselbe wird nur im zweiten Theile unter den Vergehen und Uebertretungen als qualificirendes Moment hervorgehoben und außergewöhnlich mild bestraft, wie in §. 320 f. und g., wo die Fälschung öffentlicher Urkunden ohne betrügerische Absicht und die von Legitimationspapieren zum erleichterten Fortkommen in Beziehung auf Fremdenmeldungen und dahin gehöriger Angaben vor Polizeibehörden als Uebertretung behandelt wird. Denn das Vergolden oder Versilbern von Münzen und die Nachbildung derselben oder öffentlicher Creditpapiere „ohne die Absicht Jemanden zu hintergehen" (§. 325), ferner die Verfertigung von Stempeln, Modellen, amtlicher Siegel (§§. 329, 330) u. s. w. wird nur als eine Uebertretung von polizeilichen Gesichtspunkt behufs der Verhütung eines etwaigen Mißbrauches bedroht, wenngleich der Zweck ein an sich erlaubter wäre. Während diese Handlungen als Uebertretungen gegen öffentliche Anstalten und Vorkehrungen, welche zur gemeinschaftlichen Sicherheit gehören, betrachtet werden, wird als Uebertretung gegen die Pflichten eines öffentlichen Beamten die Anmaßung einer öffentlichen Stellung, das unbefugte Tragen einer Uniform, eines Ordenszeichens, einer Ehrendecoration aber ohne betrügerische Absicht, angesehen. Alle diese Handlungen sind ihrem objektiven Thatbestande nach wirkliche Fälschungen, aber der Gesetzgeber stellt sie ihrem subjektiven Thatbestande, besonders der Absicht nach in einen Gegensatz zu dem Betruge oder auch zu der „Absicht, Jemanden zu hintergehen" (§. 325) und läßt

eben nur den polizeilichen Gesichtspunkt vorwalten. Allein es scheint die in der Mitte liegende Hauptsache doch zu fehlen, wonach die Fälschung als besonderes Verbrechen i. w. S., oder nach österreichischem Maßstabe als Vergehen, zwischen den Betrug und eine Uebertretung gestellt wird. Dem Gesetzgeber war der Zweck jener Handlungen, welche als Uebertretungen gelten gleichgiltig, daher sagt er auch in §. 329: „dieselben mögen zum Spielwerke, zu Verzierungen oder sonst was immer für einem, obgleich an sich erlaubten Zwecke bestimmt sein", und es leuchtete ihm vorzugsweise die mögliche Gefahr für die allgemeine Sicherheit vor. Allein zwischen den an sich erlaubten Zwecken, worauf die jene Handlungen beseelende Absicht gerichtet ist und den specifisch betrügerischen Zwecken, welche jene Handlungen zum Betruge specialisiren, liegen noch überhaupt widerrechtliche Zwecke, und die auf deren Erreichung gerichtete Absicht stempelt jene Handlungen zu einem besonderen Verbrechen oder Vergehen, zur eigentlichen Fälschung. Ist die betrügerische Absicht nicht zu constatiren, aber die Absicht eines widerrechtlichen Gebrauches der Fälschung und gefälschten Sache, so bleibt ein besonderes Vergehen gegen die fides publica übrig. Die beabsichtigte oder erreichte Täuschung ist dann eine widerrechtliche, weil das Gesellschaftsrecht auf Treue und Glauben durch Entstellung von Formen, die die fides publica haben und genießen verletzt wird. Specialisirt sich die Absicht zur Absicht, Jemanden einen bestimmten Schaden, oder sich oder Anderen einen bestimmten Vortheil zu bereiten, so liegt dann in der Fälschung schon ein Versuch des Betruges vor. Fehlt aber auch die auf eine widerrechtliche Täuschung, z. B. der Behörden, oder auf Erlangung widerrechtlicher Zwecke im Privatverkehr gerichtete Absicht, dann bleibt erst subsidiär eine Uebertretung und der polizeiliche Ansichtspunkt übrig.

III.

Ueber das Entschädigungsrecht der Realgewerbe bei Einführung der Gewerbefreiheit.

Vom Herrn Professor Dr. Hermann Blodig in Wien.

I.

Unter der Voraussetzung eines strengen Zunftsystemes liegt der Versuch jener, welche selbstständige Gewerbe ergreifen wollen, nahe, durch Uebereinkommen mit einem Meister diesen zur bedingten Anheimsagung seines Gewerbsrechtes, und auf solche Weise die Stelle eines zünftigen Meisters in Erledigung zu bringen. Wenn es gesetzlich keine Schwierigkeiten bot, die Anheimsagung an die Aufnahme des Neuwerbers zu binden, so war für diesen der Weg geebnet, auf welchem er, ohne Vermehrung der Stellen zünftiger Meister und ohne den Todfall eines derselben abzuwarten, zur Selbstständigkeit gelangen konnte. Es erfolgte dann der Einkauf in die Stelle. Genehmigt die Gesetzgebung die Existenz eines solchen Gewerbes als durch die Erwerbsarten des bürgerlichen Rechtes übertragbar, dann hat man es in der That mit Gegenständen zu thun, welche, wie andere Sachen, Objecte des Verkehrs sind, und daher passend Realgewerbe genannt werden [1]).

[1]) Selbstverständlich ist damit die Verleihung eines Gewerbes mit der Realeigenschaft nicht ausgeschlossen. Siehe u. a. die Kundmachung der serbisch-temeser Statthalterei vom 1. Okt. 1856, Z. 15782.

Mit der erwähnten Uebertragung eines Gewerbes wird auch die Erwerbung von Gebäuden, Werkstätten und dgl. unbeweglichen Sachen vor sich gehen, wenn dieselben eben zum Betriebe des besonderen Gewerbes hergerichtet sind, und daher für den von dem Gewerbe Scheidenden einen viel geringeren, dagegen für den das Gewerbe Ergreifenden einen sehr bedeutenden Werth haben. Gehen nun durch eine Reihe von Jahren derlei unbewegliche Gegenstände stets mit dem in Verbindung mit denselben betriebenen Gewerbe auf Andere über, sanctionirt die Gesetzgebung dann, was die Gewohnheit mit sich brachte, so sondert sich in dem Bereiche der Realgewerbe eine Abart, welche mit dem Namen der radicirten bezeichnet wird, indem dann die unbewegliche Sache, „das Haus", mit dem Gewerbe in der Wurzel vereinigt ist. Die in die Kategorie der radicirten nicht gehörigen Realgewerbe werden von dem gewöhnlichen Erwerbstitel derselben „verkäufliche" genannt. Es bedarf hierorts wohl kaum der Bemerkung, daß bei Annahme des gewerblichen Concessionirungssystemes die Realgewerbe eine Anomalie bilden, da bei denselben eben nur der dem Civilrechte entsprechende Erwerbungsact (des Gewerbes bei verkäuflichen und des liegenden Gutes mit dem Gewerbe bei radicirten Gewerben) genügend ist, um den Unternehmungsgewinn aus demselben in berechtigter Weise zu ziehen, was dagegen bei den „persönlichen Befugnissen" nicht der Fall ist, indem bei letzteren der Nachweis gewisser persönlicher Eigenschaften, regelmäßig auch eines bestimmten Vermögens und, wo es sich um eine Vermehrung der Gewerbe handelt, solcher Umstände nothwendig ist, welche die Behörde von der Zulässigkeit einer Vermehrung überzeugen können. Bei dem Streben, das Concessionirungssystem in voller Unbeschränktheit durchzuführen, ist daher der Versuch nahegelegt, die Realgewerbe in gewissen Schranken zu erhalten, ja sogar, nach Auszahlung ihres Preises, zu cassiren, und auf solche Art die dem Concessionirungssysteme entsprechende Prüfung der Unternehmungslustigen ausnahmslos durchzuführen.

In der Mehrzahl der österreichischen Kronländer sind Realgewerbe heimisch und daher der Versuch, die letzteren nach Einführung des Concessionirungssystemes einzulösen, natürlich. Zwar bezog sich diese Absicht zunächst nur auf die verkäuflichen Gewerbe; allein da unter der Zustimmung der Gläubiger, des Eigenthümers und der Gewerbsbehörde die Trennung eines radicirten Gewerbes von der Realität, in welcher dasselbe haftet, gestattet, beziehungsweise die Umwandlung

des radicirten Gewerbes in ein verkäufliches möglich ist, so konnte der Versuch als allen Realgewerben geltend bezeichnet werden.

Die Bildung eines hiezu bestimmten Fondes jedoch, der aus dem Ergebnisse jener Taxe gebildet werden sollte, die für die Verleihung persönlicher Befugnisse eingehoben wurde, ist jedoch insoferne von keiner größeren praktischen Bedeutung, als das Terrain, für welches die Maßregel durchgeführt wurde, im Verhältnisse zu den Gebiethen, auf welchen die Realgewerbe errichtet sind, von geringem Umfange ist [2]).

Viel umfassender sind dagegen die Maßregeln, welche getroffen wurden, um die Einlösung für die Zukunft vorzubereiten und zu erleichtern. Dahin gehören:

a. Das Verbot, Realgewerbe zu errichten.

b. Die Erleichterung, beschränkte Realgewerbe in unbeschränkte persönliche zu verwandeln.

c. Festsetzung der Merkmale, nach welchen allein ein Gewerbe als ein reales betrachtet werden kann, in einigen Kronländern auch der Frist, vor deren Ablauf die Inhaber angeblich realer Gewerbe zum Ausweis dieser Eigenschaft verhalten werden, in anderen Kronländern aber der Gelegenheiten, bei welchen in eine Prüfung der angeblich realen Eigenschaft der Gewerbe eingegangen werden muß, wie z. B. bei der Anlegung neuer Verzeichnisse über die Realgewerbe.

d. Festsetzung eines bestimmten Preises (Normalpreises), über welchen ein Realgewerbe nicht verkauft werden darf, oder, wo

---

[2]) Schon im Jahre 1778 wurde von sämmtlichen Länderstellen ein Gutachten über einen Entwurf zur allmähligen Abschaffung der Realgewerbsrechte abgefordert, wornach bei jeder Uebertragung derselben auf einen anderen Besitzer 10% an ihrem Werthe abgeschrieben werden sollten. Dieser Entwurf kam jedoch nicht zur Ausführung, und es wurde in Folge a. h. Entschließung vom 18. Okt. 1786, jedoch nur für Wien, angeordnet, zur Einlösung kaufgerechter Gewerbe einen Fond in der Art zu bilden, daß Personalgewerbe nur gegen Entrichtung einer nach den Vermögenskräften und der Dringlichkeit, mit welcher der Bewerber ein solches Recht zu erhalten wünscht, so hoch als möglich von Fall zu Fall zu bestimmenden Concessionstaxe verliehen, die eingehenden Barschaften im öffentlichen Fonde nutzbringend angelegt und dann, wenn so viel beisammen ist, um für ein Realgewerbsrecht zwei Dritt-Theile des Werthes vergüten zu können, das dießfällige Geld darauf verwendet werde. In Folge a. h. Entschließung vom 8. April 1791 wurden die Bewerber um Personalgerechtigkeiten sogar zur Ausstellung eines Reverses verhalten, in der Folge eine Nachtragszahlung zu leisten, wenn es zur Einlösung der Realgerechtigkeiten nothwendig sein sollte. Die späteren Versuche, auch außer Wien einen solchen Fond zu bilden, führten zu keinem Erfolge. Vgl. auch: Die Realgewerbe in Niederösterreich von W. Turba, in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit. 1835, I. S. 77.

ein solcher nicht besteht, das Verbot, das Gewerbe höher zu verkaufen, als es das letzte Mal geschah.

e. Insbesondere bei verkäuflichen Gewerben die Ablehnung der Analogie derselben mit dinglichen Rechten, welche Gegenstand der öffentlichen Grundbücher sind, womit die weitere Folge verknüpft ist, daß Verpfändungen solcher Gewerbe wie anderer beweglichen Sachen vor sich gehen und daß somit die Eintragung in die Vormerkungsprotokolle über verkäufliche Gewerbe nur administrativen Zwecken zu dienen habe.

f. Vor Allem aber und zwar rücksichtlich der beiden Arten realer Gewerbe ohne Ausnahme die Bestimmung, daß die letzteren kein ausschließendes Recht gewähren und den Verwaltungsorganen die Befugniß zukömmt, nach Erforderniß neue Gewerbe zu schaffen, und diejenigen, welche als Eigenthümer, Pächter oder Stellvertreter das reale Gewerbe wirklich ausüben, zum Nachweise all' jener persönlichen Eigenschaften zu erhalten, welchem die Erwerber persönlicher Befugnisse unterworfen sind.

Dieser ist in den äußersten Umrissen der Stand der Gesetzgebung [3]) bei Kundmachung der österreichischen Gewerbeordnung vom 20. Dezember 1859 [4]), welche in dem VII. Absatze des Einführungsgesetzes die Neugründung von Realgewerben abermals untersagt, dagegen die Realeigenschaft der zu Recht bestehenden radicirten und verkäuflichen Gewerbe, so weit dieselben in jene Kategorien gehören, auf welche sich die Gewerbeordnung erstreckt, unverändert aufrecht erhält.

Neuere gesetzliche Bestimmungen sind seit jener Zeit über die Realgewerbe nicht getroffen worden. Nur die Verordnung des Finanzministeriums vom 16. November 1861, Z. 56620 ist noch zu erwähnen, nach welcher durch die Gewerbeordnung zum Betriebe eines Real-

---

[3]) Ueber die weiteren Einzelnheiten siehe:

W. G. Kopetz: Allgemeine österreichische Gewerbsgesetzkunde, Wien, 1829—1830, Bd. I, §§. 122 u. ff.

Dr. Moritz von Stubenrauch: Handbuch der österreichischen Verwaltungsgesetzkunde, Wien 1856, zweite Auflage, II. 470 und 479.

Derselbe: Handbuch des neuen österreichischen Gewerberechtes, Wien 1860, S. 30.

Fischer-Ellinger: Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, 4. von Dr. H. Blodig bearbeitete Auflage, Wien 1860, S. 42 u. ff. Daselbst sind auch die neueren, Ungarn, Croatien und Slavonien und Siebenbürgen betreffenden Bestimmungen aufgeführt.

[4]) R. G. Bl. Z. 227.

gewerbes weder — insoferne das betreffende Gewerbe seiner Natur nach in die Kategorie der freien Gewerbe gehört — eine Anmeldung, noch — insoferne das Gewerbe unter den concessionirten aufgezählt ist — eine Concession gefordert wird. Demgemäß können auch die aus Anlaß des Antrittes eines Realgewerbes, nach §. 58 der Gewerbe-Ordnung vom 20. Dezember 1859, zu überreichenden Eingaben nicht den mit der Ministerialverordnung vom 22. April 1860, Z. 23953 [5]) vorgeschriebenen Gebühren, sondern lediglich dem Eingabenstempel unterliegen.

Schon bei Beurtheilung des Entwurfes der Gewerbeordnung vom 20. Dezember 1859 haben sich mehrere Handels- und Gewerbekammern des Reiches für die vollkommene Aufhebung der Realgewerbe und Entschädigung ihrer Besitzer ausgesprochen. Da die Gesetzgebung jedoch, wie bemerkt, diese Ansicht nicht zu der ihrigen machte, fehlte es alsbald nicht an einer bedeutenden Anzahl von auf Entschädigung abzielenden Gesuchen an die obersten Verwaltungsbehörden und, von diesen abgewiesen, an die vertretenden Körperschaften, wobei die Gesuche die verschiedenste Beurtheilung erfuhren.

Das letzte Wort in dieser Angelegenheit ist noch nicht gesprochen [6]); die literarische Behandlung derselben aber im Verhältnisse der

---

[5]) Bekanntlich betragen die Gebühren für Anmeldung freier Gewerbe oder das Ansuchen um Gewerbsconcessionen 6, 4, 3, 2, 1.50 fl. für Wien, beziehungsweise für Orte von mehr als 50000, 10000, 5000 oder wenigere Bewohner für den ersten, und 30 kr. sammt dem Zuschlage für den späteren Bogen. Für den Fall, als 10% des Jahresbetrages der von dem bezüglichen Gewerbsbetriebe entfallenden directen Steuer ohne Zuschläge die für den ersten Bogen zu entrichtende Stempelgebühr übersteigen, wird dieser Mehrbetrag als weitere unmittelbare Gebühr festgesetzt, welche zugleich mit den directen Steuern vom Gewerbsbetriebe vorgeschrieben und mit der ersten Rate derselben Ein für Allemal zu erlegen ist (A. h. E. v. 22 April 1860, F. M. E. desselben Tages, Z. 23853, R. G. Bl. Z. 102).

[6]) Die Frage nach der Entschädigung der Realgewerbe ist auch in dem Abgeordnetenhause des österreichischen Reichsrathes anhängig. Schon am 5. Juli 1862 hatte der Finanzausschuß sein Bedauern ausgesprochen, daß die Entschädigung der Realgewerbsberechtigten auf Wien beschränkt geblieben (Verhandlungen der 141. Sitzung, S. 3443); und in der 190. Sitzung am 24. Nov. 1862 bestellte das Haus zur Beurtheilung der Entschädigungsfrage selbst einen Ausschuß, bestehend aus den Abgeordneten Gf. Kinsky, Bar. Kalchberg, Hawelka, Goriup, den DD. Fischer, Riehl, Gschirr und von der Straß. Dieser Ausschuß hat nur Eine Sitzung gehalten, sich für die Competenz des Reichsrathes ausgesprochen und sich an das Handelsministerium zur Beantwortung der Frage, „ob und wie den Besitzern der Realgewerbe eine Entschädigung geleistet werden soll", um das erforderliche Materiale gewendet. Namentlich sollen Verzeichnisse angelegt und die Normalpreise der Gewerbe angegeben werden.

dabei in Frage kommenden Kapitalien eine so nothdürftige, daß ein Versuch, die Frage ihrer endgiltigen Lösung näher zu bringen, nicht erst einer Rechtfertigung bedarf.

Da die gebetene und bevorwortete Entschädigung aus dem Titel der Entwerthung, beziehungsweise Preisminderung, abgeleitet werden will, welche die Realgewerbe durch die eingeführte Handels- und Gewerbefreiheit erfahren haben sollen, so ist es erforderlich, vor der Entschädigungsfrage selbst, jene Umstände zu erörtern, von welchen überhaupt eine Aenderung des Preises der Realgewerbe abhängt.

II.

Realgewerbe geben ihrem Besitzer das Recht, gegen Erwerbung des käuflichen Gewerbes oder der Realität, auf welcher das Gewerbe radicirt ist, ohne von dem Nachweise persönlicher Eigenschaften, von der Zustimmung der Zunft, von einer behördlichen Concession oder auch nur von der behördlichen Entgegennahme einer Anmeldung abzuhängen, aus dem betreffenden Gewerbe den Unternehmungsgewinn zu beziehen. Dieser Umstand ist für den **Preis** der Realgewerbe maßgebend.

Wenn es keine Mühen und Kosten erheischen würde, neue Gewerbe von jener Art zu errichten, welcher die realen angehören, dann würden die Letzteren aus Mangel des Tauschwerthes keinen Preis haben. Man erwirbt eben nicht entgeltlich, was man jeden Augenblick umsonst haben kann. Wo jedoch, um Gewerbe betreiben zu dürfen, ein Sach- oder Kraftaufwand gemacht werden muß, wie Lehr- und Gesellenjahre, Meisterstücke, Aufnahms-, Freisprechungs- oder Meistergebühren, Verleihungstaxen, Anmeldungsgebühren, Genehmigung der Betriebsanlage u. dgl., dort erlangen die Realgewerbe einen Gewähr- (Gestehungs- oder Kosten-) Preis, welcher dem Ersparnisse an diesem Aufwande gleichkömmt [7]).

In Baiern war im J. 1861 eben die Entschädigung der Realgewerbe derjenige Punct, an welchem die Reform der Gewerbsgesetzgebung scheiterte.

[7]) Die von dem Landtagsabgeordneten Peitler im Salzburger Landtage (Sitzung am 19 Jänner 1863) rücksichtlich des Werthes der Realgewerbe im Allgemeinen und des gegenwärtigen Werthes insbesondere geäußerte Ansicht ist daher nicht ganz richtig. Er unterscheidet zwischen dem Werthe der Kundschaft und dem Werthe des Realgewerbes an sich. Der Werth der Kundschaft und der Firma eines Gewerbsmannes sei nur vom Standorte, vom guten Rufe, von den Kenntnissen und Vermögensverhältnissen des Gewerbetreibenden abhängig, werde daher von der Gewerbe-

Der Preis, um welchen solche Gewerbe wirklich zu haben sind, — der Marktpreis der Realgewerbe — kann von dem Gewährpreise derselben sehr verschieden sein. Die Stärke der Nachfrage um die Erzeugnisse oder Leistungen der Gewerbsleute, nicht minder die sociale Stellung, in welcher sich die Gewerbetreibenden befinden, bewirken, daß der Zudrang der Unternehmer zu den Gewerben sich vermehrt oder vermindert, somit auch die Nachfrage nach Realgewerben größer oder kleiner wird. Andererseits kann aber auch, und zwar insbesondere in Folge der Gesetzgebung des betreffenden Landes über die Zahl der selbstständigen Gewerbe, das Angebot dieser (der persönlichen neben den realen) größer und kleiner sein.

Es ist bei diesem Sachverhalte ersichtlich, daß der Marktpreis der Realgewerbe 1. über den Kostenpreis hinausgehen kann, und zwar a. wegen des sich vermindernden, in einzelnen Fällen etwa ganz fehlenden Angebotes bei sich gleichbleibender Nachfrage, oder b. wegen der sich vermehrenden Nachfrage bei gleichbleibendem Angebote.

---

freiheit nicht berührt. Der Werth des Realgewerbes an sich sei dagegen fast Null, da jedermann das freie Gewerbe ausüben könne. Nur das Maß der bei Realgewerben ersparten Anmeldungsgebühr komme gemäß §§. 303 bis 305 a. b. G. B. als Werth in Betracht, der z. B. bei einem verkäuflichen, gewöhnlichen Schuhmachergewerbe auf dem Lande 1 fl. 50 kr. ö. W. betrage.

In der ersten Richtung muß bemerkt werden, daß mit dem radicirten Gewerbe ausnahmslos und mit dem verkäuflichen wenigstens in dem Falle der Standort erworben, somit der Werth desselben in dem abzulösenden Objecte enthalten ist, wenn das Gewerbe für eine bestimmte Gasse oder einen auf andere Art bezeichneten Platz verliehen ist, welcher Umstand bei der Genehmigung der Betriebsanlage von Bedeutung sein und auch bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung von den Besitzern geltend gemacht werden kann.

Wenn ferner der Werth z. B. eines Schuhmachergewerbes auf dem Lande mit 1 fl. 50 kr. bezeichnet wird, so ist dieß gleichfalls unrichtig. Zunächst wird dieser Betrag nicht ein für allemale, sondern bei jedem Besitzwechsel erspart. Das Gewerbsrecht an und für sich — im Sinne Peitlers — gleicht daher einem Capitale, dessen Interessen zwischen zwei Besitzwechseln 1 fl. 50 kr. ausmachen, das also selbst, nur eine — im vorliegenden Falle gewiß zu niedrige — 5% Verzinsung und eine durchschnittliche Besitzdauer von 10 Jahren angenommen, 3 fl. beträgt. Dabei ist jedoch noch ganz außer Acht gelassen, daß jeder Realberechtigte in den Besitz einer Befugniß kömmt, die er sogleich im weitesten Umfange ausbeuten kann, ohne wegen des Antrittes derselben neue Auslagen machen zu müssen. Nach dieser Ausführung ist daher mit Rücksicht auf die Zahl der Ortsbewohner (vergl. oben Anmerkung 5) das Capital 3, 4, 6, 8 oder 12 fl. und kann, wenn 10% des Jahresbetrages der Steuer 1.50, 2, 3, 4 oder 6 fl. überschreiten, einen weit höheren Betrag erreichen. Die Möglichkeit desselben haben aber auch die Realgewerbe bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, indem der Steuerbetrag von dem Fleiße, dem guten Rufe und dem Vermögen des Gewerbsmannes zunächst abhängt, ohne daß diesem die Gesetze irgend wie hinderlich in den Weg treten.

Der Marktpreis der Realgewerbe kann aber auch 2. bedeutend fallen, und zwar c. wegen der sich vermindernden, in einzelnen Fällen vielleicht ganz fehlenden Nachfrage nach den Erzeugnissen oder Leistungen der Gewerbsleute, sofort auch nach Gewerbsunternehmungen bei gleichbleibendem Angebote, oder d. wegen des sich vermehrenden Angebotes der Gewerbe, ihrer Erzeugnisse und Leistungen bei zunächst sich gleichbleibender Nachfrage.

Zu 1. Der Marktpreis der Realgewerbe kann steigen:

a. Wenn die Gesetzgebung die Zahl der bestehenden Gewerbe für zu bedeutend, und somit eine angemessene Verminderung derselben im allgemeinen Interesse gelegen hält und wirklich durchführt, so ist es in der Uebergangsfrist unmöglich, eine persönliche Gewerbsbefugniß zu erwerben. Die Gewerbslustigen sind daher an die Realgewerbe allein gewiesen, welche somit einen hohen Marktpreis erreichen können. Die für Ober- und Unterösterreich, für Steiermark und Siebenbürgen erlassenen Fallitenordnungen [8]) waren ganz geeignet, die erwähnte Wirkung herbeizuführen, da sie die Zahl der Handlungen als über die „Proportion" angewachsen bezeichnen und so lange neue Handlungen „aufzurichten" verbiethen, bis die übermäßige Zahl derselben reducirt worden. Wenn Beisler jene Gewerbe, deren zu große Vermehrung dem Nationalwohlstande Gefahr droht, sowohl ihrer Zahl als den Befugnissen nach dadurch zu beschränken vorschlägt, daß die angemessen erscheinende Zahl derselben mit der Eigenschaft als reale Gewerbe ausgestattet, die aber gegenwärtig darüber bestehenden persönlichen Gerechtigkeiten im Erlöschungsfalle nicht wieder der Gegenstand neuerlicher

---

[8]) In den ersteren beiden heißt es in der Einleitung: „daß die Handlungen über die Proportion angewachsen und daher viele Kaufleute verderben"; dann „Erstens haben wir schon verordnet und seiner Behörde mitgegeben, daß keine neue Handlung in so lange aufgerichtet werde, bis die übermäßige Zahl derselben reducirt worden. Wir verordnen hiemit noch weiters, daß auch künftighin nach geschehener Reduction keiner zum Wechsler oder Handelsmanne aufgenommen werde, welcher nicht in der Handelsschaft wohl erfahren und eigenen Mitteln oder realen Fundo eines wirklich vorhandenen Einlagskapitales versehen sei" (Falliten-Ordnungen vom 18. Aug. 1734 und 16. Dez. 1747, erste Abtheilung); ferner in der Fallitenordnung für Siebenbürgen vom 7. October 1772 (Sectio I. 1°): Nemini prorsus, negotium mercantile absque praescitu et annuentia commissionis commercialis, quae tamen etiam, in figendo mercatorum numero, speratae mercium distractionis congruam semper habebit rationem, pro futuro auspicari licitum esto.

Verleihung sein sollen [9]), so haben wir es auch hier mit einer Maßregel zu thun, welche auf den Preis der Realgewerbe nur erhöhend wirken kann.

b. Denkt man sich diesen Zustand der angemessen erscheinenden Zahl erreicht, nimmt aber dagegen die Zahl der Gewerbslustigen zu, so tritt die gleiche Wirkung ein. Wer ein selbstständiges Gewerbe anstrebt, ist in einer solchen Zeit auf die Erwerbung eines realen Gewerbes oder auf die Erledigung etwa bestehender persönlicher Gewerbsrechte gewiesen. Jenes wird daher bedeutend im Preise steigen; ja, es ist sogar möglich, daß unter solchen Umständen auch die persönlichen Gewerbe einen Verkehrswerth bekommen, gegen dessen Erlag ein ausübender Gewerbsmann zurückzutreten geneigt sein wird. Allerdings wird hier die Voraussetzung gemacht, daß das Gebot der unbedingten Anheimsagung umgangen werden kann.

In beiden Fällen haben wir es mit dem Verhalten der Gesetzgebung zu thun, welches, in einem bestimmten staatswirthschaftlichen Systeme wurzelnd, mittelbar eine Preiserhöhung der bestehenden Gewerbe zur Folge hat, ohne daß man den Besitzern der Letzteren jemals zugemuthet hätte, an die Staatscasse ein Entgeld dieses Vortheiles zu geben.

Solche Gunst der Verhältnisse kann aber auch bei dem Bezuge eines anderen Einkommens stattfinden. Wenn eine Stadt zur Festung umgewandelt und mehrere Häuser zu diesem Behufe abgetragen werden, ohne daß die Ursache der Nachfrage nach Wohnungen in jener Stadt geringer würde, so könnten die Eigenthümer der übrigen Grundstücke und Häuser die angenehme Wahrnehmung einer Preiserhöhung ihres Besitzes machen. Oder: Man nehme, ohne Vermehrung der wohnlichen Räume, die Verlegung einer Universität, bedeutender Aemter oder einer zahlreichen Truppe nach einem bestimmten Orte, die Anlegung von Prachtstraßen in einem bisher wenig gesuchten Stadttheile in Voraussetzung; man erinnere sich an die Beseitigung einer Gesetzgebung, welche der Erwerbung liegenden Besitzes (z. B. aus Gründen der Religion oder des Indigenates) Schwierigkeiten in den Weg legte, so ist in all' diesen Fällen eine Erhöhung des Preises der Grundstücke, beziehungsweise der Gebäude, die Folge.

---

[9]) Betrachtungen über Gemeindeverfassung und Gewerbewesen, mit besonderer Bezugnahme auf Baiern. Von Hermann Beisler, Augsburg 1831, Seite 231.

Zu 2. Der Preis der Realgewerbe kann auch bedeutend sinken.

c. Man setze den Fall, daß an einer sehr lebhaften Landstraße zahlreiche Gewerbsunternehmungen (persönliche und reale) sich heimisch gemacht haben. Die Gesetzgebung concessionirt später eine Eisenbahn- oder eine Dampfschiff-Fahrtslinie, welche die Straße entbehrlich macht, oder diese wird umgelegt. Der Preis der Gewerbe wird fallen; ja es ist gedenkbar, daß die persönlichen Gewerbe an der alten Straße aufhören und die realen keinen Käufer finden. Oder, eine Stadt ist durch den nahen Bergbau groß und wohlhabend geworden; es wird die Erlaubniß zum Betriebe einer ergiebigeren Grube gegeben, um welche eine blühende Ansiedlung entsteht. Die alte Stadt verödet, und es ist möglich, daß der Preis der Realgewerbe daselbst fast Null wird.

Dieser Gefahr ist aber auch der Marktpreis anderer Einkommensquellen ausgesetzt. Die Hauseigenthümer widerstreben in ihrem Interesse der Verlegung von Aemtern, Lehranstalten und dgl., weil mit dem Abgange dieser auch die Nachfrage um bewohnbare Räume, also die Gebäuderente selbst und somit der Preis der Gebäude erniedriget wird. Man setze den Fall, daß der Vorschlag, nach Errichtung einer angemessenen Anzahl von Ackerbauschulen und deren mehrjährigen Wirksamkeit, Niemanden der Antritt einer Bauernwirthschaft gestattet werden solle, der sich nicht über den mit gutem Erfolge zurückgelegter Curs einer Ackerbau- oder höheren landwirthschaftlichen Schule ausweiset [10]), in der Gesetzgebung Eingang gefunden hätte, so wäre eine verminderte Nachfrage nach Grundstücken, also auch eine Preisverminderung derselben, davon die natürliche Folge.

d. Dieselben Wirkungen hat das verstärkte Angebot. Dieses vermehrt sich, wenn etwa durch Aenderung der Zollvorschriften die bisher hintangehaltene Concurrenz ausländischer Gewerbsleute mit den inländischen möglich wird. Tritt sie nun in dem Bereiche einer solchen Industrie ein, in welchem reale Gewerbe existiren, so verlieren die letzteren an ihrem Marktpreise. Gewisse Gewerbszweige, welche diesen nachtheiligen Einfluß nicht besiegen zu können glauben, sind daher gegen die Herabsetzung der Zölle, ebenso wie ehedem die großen Grundbesitzer England's gegen die Abschaffung der Kornzölle

[10]) Ueber Jagdwesen und Landwirthschaft und deren Verbindung von Joh. Markel, Wien 1857, S. 157.

waren, weil sie bei dem durch die erleichterte Getreideeinfuhr vermehrten Angebote einen Ausfall an ihren Pachtschillingen, folglich an dem Preise der Grundstücke selbst, befürchteten.

Das Angebot verstärkt sich aber auch dann, wenn, nach der Verfügung des Gesetzes, *die Möglichkeit erleichtert wird, Gewerbe selbstständig zu betreiben.* Dieß ist der Fall, wenn neue Realgewerbe verliehen werden, die Zahl der persönlichen Gewerbe erhöht oder wohl gar fast Jedem die Möglichkeit gegeben wird, ein selbstständiges Gewerbe zu gründen. In dem Maße, als diese Möglichkeit gesteigert wird, nimmt die Geneigtheit ab, ein Realgewerbe zu erwerben; ja es ist gedenkbar, daß man für dieses keinen Käufer finden wird, wenn es keine Mühen und keine Kosten mehr verursacht, ein selbstständiges Gewerbe derselben Art zu ergreifen. Diese Preis-Minderung der Realgewerbe ist, wie in anderen Ländern, so auch in Oesterreich bei dem Uebergange vom Zunft- zum Concessions-Systeme, so wie durch zahlreichere Ausgabe von Gewerben, um von diesem zum Systeme der Gewerbefreiheit überzugehen, und endlich durch diese selbst hervorgerufen worden. *Hiernach ist es nicht richtig, die Preisminderung der Realgewerbe von der Gewerbeordnung vom 20. Dezember 1859 zu datiren*, mochte auch diese die angegebene Wirkung in größerem Maße zur Folge haben. *Die Möglichkeit der Preisminderung der Realgewerbe* — durch verstärktes Angebot — liegt schon in der Erklärung, daß sich die Gesetzgebung durch den Bestand der Realgewerbe nicht für gebunden erachtet, neue persönliche Gewerbe derselben Kategorie zu errichten. Die *wirkliche Minderung* kann dann mit jedem neuen Gewerbe eintreten, welches mit den bereits bestehenden concurrirt, weil diesen zu dem Unternehmungsgewinne ein neuer Theilnehmer hinzutritt [11]). Dabei ist der Name des Gewerbs-Systemes nicht einmal von erster Wichtigkeit, weil es gedenkbar ist, daß ein „liberales" Concessions-System so viele Gewerbe geschaffen hat, daß die nachfolgende Gewerbefreiheit der Zahl der selbstständigen Gewerbe keine namhafte Vermehrung, folglich auch dem Preise der Realgewerbe keine weitere Verminderung, zubringt.

Dem besprochenen Verhältnisse ist jenes gleich, wenn Festungs-

[11]) Jeder neue Zuwachs von Producenten, bemerkt *Beisler* a. a. O., S. 135, kann die Folge haben, daß der stationär gebliebene Gesammterwerb unter eine so viel größere Zahl von Competenten vertheilt werden muß.

glacien aufgelassen und dadurch Grundstücke für den Häuserbau verfügbar werden. Zieht sich der Verkehr vollends in die neuen Gassen, so verlieren die alten zum Theile ihre Lebhaftigkeit, mit dieser die darin liegenden Gebäude von der Höhe ihrer Rente, also auch ihres Preises.

In den bisherigen Erörterungen wurden die Umstände aufgeführt, von welchen das Steigen und Fallen des Marktpreises der Realgewerbe abhängt. Es zeigt sich dabei, daß die Gesetzgebung oder auf diese stützend die Verwaltungsorgane im öffentlichen Interesse Vorkehrungen treffen (Eisenbahnen und Dampfschiff-Fahrtslinien bewilligen, Straßen umlegen, die Zollvorschriften ändern, die Gewerbsgesetzgebung umgestalten), welche den Preis der Realgewerbe mittelbar wie erhöhen, so auch erniedrigen können, daß aber dieser Einfluß den Gewerben nicht eigenthümlich ist, sondern auch andere Einkommensquellen, wie die Grund- und Gebäuderente demselben unterworfen sind.

Der Vereinfachung der Sache willen wurde stets nur Eines jener Momente als wandelnd vorausgesetzt, von welchen der Preis abhängt, und es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß möglicher Weise die Aenderungen eines Momentes durch die gleichzeitige Aenderung des andern auf-, vielleicht auch überwogen, ein anderes Mal aber wieder verstärkt werden können. Sind aber die Momente wandelbar, die den Preis bestimmen, so ist es dieser selbst. Wie verschieden sind nicht schon die Grundsätze der Gewerbsgesetzgebung in Oesterreich seit Karl VI.! Und heute noch kann, ohne daß es eines Actes der Gesetzgebung bedürfte, die Zahl der concessionirten Gewerbe vermehrt oder vermindert werden [12]).

---

[12]) Das Entschädigungsrecht der Realgewerbe bei eintretender Gewerbefreiheit vorausgesetzt, war es daher ganz folgerichtig, daß (in der Sitzung des oberösterreichischen Landtages vom 23. Februar 1863) der Abgeordnete Dr. v. Kremer den — übrigens abgelehnten — Antrag stellte, die Aufhebung der ministeriellen Befugnisse zu bevorworten, das Verzeichniß der concessionirten Gewerbe zu revidiren (§. 30 G. O.). Zweifelsohne muß, wenn man entschädigen will, doch einige Gewähr für die Stabilität der Gesetzgebung, nämlich dafür gegeben sein, einerseits, daß der Entschädigte nicht alsbald in jenen Zustand zurücktrete, welchem unentrückt er eine Entschädigung nie erhalten hätte, und andererseits, daß die Entschädigungsverhandlung in ihrem Gange nicht vielleicht auf neue Verwicklungen stoße, wenn mehrere früher concessionirte und daher nicht entschädigte Realgewerbe in die Kategorie der freien, also der zu entschädigenden Gewerbe übertreten.

Die Realgewerbe folgen daher in diesem Punkte dem Schicksale aller im Verkehre stehenden Dinge und der Versuch, den Preisschwankungen derselben vorzubeugen, wird immer mißlich sein. Abgesehen davon, daß es dabei Momente gibt, welche außerhalb des staatlichen Einflußes stehen (wie z. B. die durch die Mode bedingte Nachfrage nach gewissen Gewerbserzeugnissen), sind auch die von der Gesetzgebung abhängigen nicht fixirbar, soll die letztere nicht zu einem fortwährenden Stillstande verurtheilt sein, und ihrer Aufgabe durchaus nicht genügen. Ganz richtig bemerkt Lotz [13]): „Das Staatenwesen kann seinem Endzwecke nur dann wahrhaft entsprechen, wenn es mit dem Stande der Cultur der Völker, mit ihren Sitten, und mit ihren stets wechselnden geistigen und physischen Bedürfnissen gleichmäßig fortschreitet. Die moralische Person, welche wir im Staate erblicken, muß eben so lebend und im Leben bewegend sich gedacht und bei allen Betrachtungen über öffentliche Verhältnisse erfaßt werden, wie der wirkliche physische Mensch. — Alles Positive bisher Bestandene kann also nur insoferne sein Fortbestehen fordern, als es den dermaligen Verhältnissen des öffentlichen Lebens zusagt, und nur bis auf diesen Punkt hin kann der Staat verpflichtet sein, uns Rechte und den Fortgang einer Betriebsamkeit zu sichern und aufrecht zu erhalten, die wir auf den Grund früherer Institutionen der Regierung und positiver Normen der Gesetzgebung uns angeeignet haben. Eine Betriebsamkeit, welche den dermaligen Verhältnissen des bürgerlichen Lebens nicht mehr zusagt, trägt den Charakter ihrer Unhaltbarkeit in sich selbst und, wenn die Regierung diesen Charakter öffentlich anerkennt und ausspricht, so bleibt dem bisherigen Inhaber der auf frühere, jetzt aufgehobene, Institutionen gegründeten Berechtigungen und der daraus für seine Betriebsamkeit gezogenen Vortheile nichts übrig, als sich geduldig zu fügen, und durch die Vortheile, welche er aus jenen bisher aufrecht erhaltenen Institutionen der Vorzeit in seiner Betriebsamkeit zog, sich den Uebergang in die neue Gestaltung möglichst zu erleichtern. Aber daß der Staat bloß um des bisher eigentlich nur zufällig von diesen oder jenen genossenen Vortheiles allein in seinem Fortschreiten gegen den oben angedeuteten Endpunkt des bürgerlichen Lebens stille stehe,

---

Eben so deutet auch Beisler (a. a. O. S. 232 und ff.) auf diese Stabilität hin (vgl. unten Anmerkung 22).

[13]) Handbuch der Staatswirthschaftslehre. Erlangen 1837 und 1838, zweite Auflage, II. Bd. S. 77 u. 78.

oder gar Rückschritte mache, oder daß die Regierung mit dem Zeitgeiste oder den dermaligen Verhältnissen und Bedürfnissen des Volkes in Opposition trete — dieß zu fordern, dazu gibt es weder Gesetze des Rechtes noch der Billigkeit".

Die österreichische Gesetzgebung hat allerdings durch Einführung des Normalpreises jedes Realgewerbe auf einem bestimmten Maximalpreise erhalten wollen, über welchen hinaus dasselbe nicht veräußert werden dürfe. Die Beurtheilung dieser Anordnung muß der Rechtfertigung der Preissatzungen überlassen werden. Es ist jedoch bekannt, daß mit Erfolg Wege betreten wurden, diesen Maximalpreis zu überschreiten [14]). Wer ein solches Auskunftsmittel nicht fand, war eben außer Stande, die Gunst des Marktes für sich auszubeuten.

Im Bisherigen ist endlich auf die persönlichen Eigenschaften des Gewerbsmannes und das für das Gewerbe nothwendige Capital sowie auf die individuellen Verhältnisse einzelner Realgewerbe keine Rücksicht genommen. Letztere entziehen sich einer allgemeinen Darstellung, alle erwähnten Umstände aber sind für die Preisbewegung der Realgewerbe von wesentlicher Bedeutung.

Die Erfahrung hat oft gezeigt, daß ein bestimmtes Gewerbe unter der Leitung des Geschäftsnachfolgers aus in diesem liegenden Ursachen verfiel oder zu noch höherer Blüthe gelangte. Lotz bemerkt hierüber sehr richtig [15]): „Das Gesetz gibt dem Gewerbslustigen eben so wenig die Geschicklichkeit oder den Fleiß als die Capitalien. Der Erwerb dieser Vorbedingungen eines glücklichen Gewerbsbetriebes behält immer seine natürlichen Schwierigkeiten, wenn auch die bisher bestandenen gesetzmäßigen Schranken hinweggerissen sind. In diesen Schwierigkeiten liegt bei einem freien Gewerbswesen nahezu dieselbe Sicherheit für den einzelnen Gewerbsmann, wie bei der Aufrechterhaltung und dem Fortbestande eines beschränkenden Systemes. Namentlich ist

---

[14]) So bemerkte (in der Sitzung des kärntnischen Landtages vom 10. Februar 1863) ein Abgeordneter, daß er als Rechtsfreund, wie mehrere seiner Genossen, bei executiven Feilbiethungen in die bezügliche Kundmachung das verkäufliche Gewerbe allerdings nur im Normalpreise aufnehmen, dagegen aber auch die Bedingung hinzufügen ließ, daß nur Jenem das Gewerbe zugesprochen werde, welcher bestimmt bezeichnete Werkgeräthschaften untergeordneter Art (z. B. Brotkörbe bei Bäckergewerben) um den durch Mitwerbung der Kauflustigen sich ergebenden Meistbot zu übernehmen bereit sei. Der Schätzungswerth dieser Werkgeräthschaften war dabei weit über den wahren Werth gesetzt und eben nur dazu bestimmt, den Normalpreis des Gewerbes bis zur Höhe des damaligen Marktpreises zu ergänzen.

[15]) A. a. O., S. 112 u. 113.

hiedurch eine bedeutende Bürgschaft für die Erhaltung des Werthes und des Preises jener radicirten Gewerbeunternehmungen gegeben, welche zu ihrem Betriebe ein gewisses Besitzthum an Grund und Boden und gewisse am Grund und Boden haftende oft ziemlich kostbare Anlagen fordern. Nicht das Gesetz, welches die Unzertrennlichkeit mit einem gewissen Grundbesitzthume ausgesprochen, sondern Werth und Preis jener zum Gewerbsbetriebe nothwendigen Anlagen sind hier entscheidend. Wer die nöthige Anlage zu machen nicht vermögend ist, ist eben so gut von dem Betriebe der jetzt freigegebenen Gewerbe ausgeschlossen, wie vordem, so lange die Beschränkung bestand. Dieß ist der Hauptstützpunkt für die Erhaltung des Werthes und Preises der bisher bestandenen älteren Gewerbsvorrichtungen der Art, welche stets nur dann werth- und preislos werden können, wenn sie nicht mehr tauglich sind. Selbst die mit den Gewerben etwa bisher verbunden gewesenen Monopole verlieren nicht sofort ihre Einträglichkeit, wenn sie auch mittelbar durch die gesetzliche Verfügung um ihre bisherige Bedeutung kommen, da der in der Ausübung seines Gewerbes begriffene Unternehmer in der Regel einen bestimmten Kundenkreis und den Vortheil längerer Erfahrung und Ausübung für sich hat, während der Neueintretende erst Beides zu erwerben hat. Endlich wird sich auch der Verlust des bisherigen Monopolisten so ziemlich mit dem Vortheile ausgleichen, welchen ihm die nun hergestellte Gewerbsfreiheit zuführt".

Betreffend schließlich die individuellen Verhältnisse einzelner Gewerbe, so muß bemerkt werden, daß günstig gelegene radicirte Gewerbe trotz aller Concurrenz die bedeutendste Preissteigerung erfahren, während schon vor Jahren das fruchtlose Angebot mancher verkäuflicher Gewerbe keine Seltenheit war [16]).

Aus dieser Darstellung dürfte genügend erhellen, welche Schwierigkeiten es habe, die Preisminderung der Realgewerbe an und für sich auch nur mit einiger Verläßlichkeit ziffermäßig darzuthun, insbesondere den Einfluß aller Momente zu ermessen, welche dabei in Frage kommen, noch mehr aber zu beweisen, daß die behauptete Preisminderung in der gesetzlichen Anordnung über die Erleichterung der Concurrenz auf Seite der Producenten, gegründet sei.

---

[16]) Dieß ist namentlich hie und da mit dem Gewerbe der Strumpfwirker, der Stricker, der Tuchmacher und der Garkühler der Fall.

III.

Die in dem vorigen Absatze gezogenen Folgerungen als solche werden allerdings nur eine kleine Anzahl von Gegnern haben. Um so zahlreicher sind die Stimmen derjenigen, welche zwar den bezeichneten Fortschritt in der Gesetzgebung nicht ablehnen, allein *für eine mehr oder weniger ausgedehnte* **Entschädigung** *der Realgewerbsberechtigten* eintreten. Ob übrigens die Entschädigung aus Rechts- oder Billigkeitsgründen zu geben, aus welchem Fonde beizuschaffen, welcher Preis der Gewerbe zur Grundlage der Entschädigung zu nehmen, ob der Betrag der letzteren von Amtswegen oder von denjenigen zu erweisen sei, welche den Anspruch erheben, darin gehen die Ansichten der Vertheidiger der Entschädigung nicht denselben Weg.

Die gewichtigsten Vertheidiger des Entschädigungrechtes sind R. v. *Mohl* und *Rau*.

Jener empfiehlt [17]) in der Durchführung eines freieren Gewerbssystemes die möglichste Schonung, und bezeichnet es als eine unbedingt zu stellende Forderung, daß Niemand bei der Aenderung der Gesetzgebung ohne genügende Entschädigung in wohlerworbenen Rechten gekränkt werde. „Ein solcher Verlust", wird weiter bemerkt, „droht nun aber theils Solchen, welche begründete Forderungen an eine aufgelöste Zunft zu machen haben, theils den Besitzern von sogenannten Realberechtigungen d. h. von Häusern, durch deren Besitz die Befugniß zu einem bestimmten Gewerbe bedingt war, welche daher nur um einen weit höheren Werth erworben werden konnten. In beiden Fällen ist *volle Entschädigung* bei dem Eintritte der Gewerbefreiheit zu gewähren. Und zwar liegt unzweifelhaft *dem Staate selbst* und nicht etwa der einzelnen Gemeinde oder gar den bei dem Wechsel der Gesetzgebung etwa gewinnenden einzelnen Gewerbetreibenden die Verbindlichkeit dazu ob, indem die neue Ordnung der Arbeit lediglich aus Gründen des allgemeinen Wohles getroffen wird, auch dieselbe weit über die zunächst betheiligte Oertlichkeit und Person hinaus wirkt. Davon nicht zu reden, daß durch die Ueberwälzung auf einzelne Gemeinden oder Personen eine große Ungleichheit in den öffentlichen Lasten, somit auch in den Erzeugungskosten der Waare geschaffen würde". Insbesondere wird bei Bildung des Tilgungsfondes aus der Abgabe

[17]) Polizeiwissenschaft, 2. Auflage, 1844, II. Bd., S. 290.

der Gewerbetreibenden die Unbilligkeit gegen die Neueintretenden im Vergleiche zu jenen hervorgehoben, welche erst nach vollendeter Ablösung das Gewerbe ergreifen [18]).

Zwar in der Hauptsache jedoch nicht in der Bildung des Entschädigungsfondes übereinstimmend, ist, was R. Mohl und K. Mathy im Staatslexicon von C. v. Rotteck und Carl Welker, und zwar in dem Artikel „Gewerbe und Fabrikswesen", dießfalls bemerken. „Bei dem Uebergange", heißt es daselbst, „von dem Zunftzwange zur Gewerbefreiheit sind wohlerworbene Rechte zu achten. So sind z. B. die Inhaber verkäuflicher Meisterrechte zu entschädigen nach dem Preise, welchen ihr Recht im geschlossenen Gewerbe zur Zeit der Aufhebung hatte. Solche Entschädigungen sind aus dem Zunftvermögen und, so weit dieses nicht zureicht, von der Gemeinde zu leisten, welche die Mittel durch Umlage auf alle Angehörigen oder von den neu zugehenden Gewerbsleuten durch Beiträge zu erheben haben".

Auch Rau ist für die Entschädigung [19]), nicht minder Kudler [20]), ohne daß sie sich über die Bildung des Entschädigungsfondes aussprechen. Letzterer bezeichnet als dasjenige, wornach die Entschädigung zu leisten, weder das Gewerbsrecht an und für sich, noch auch die Ausschließlichkeit desselben, weil letztere nicht bestand und weil die erstere auch nach der Entschädigung, jedoch nur als eine persönliche Berechtigung aufrecht bleibt. Es ist somit nur die Uebertragbarkeit zu entschädigen, welche überall beseitigt werde, wo die bevorwortete Aufhebung der Realgewerbe vor sich geht.

Eigenthümliche Ansichten entwickelt dießfalls Beisler [21]). Er sieht in den ein ungeheures Capital repräsentirenden Realgewerben wohl oder übel erworbene Rechte, die seit Jahrhunderten die Anerkennung und den Schutz des Staates genossen hatten, und die, zum Theile die Natur des civilrechtlichen Besitzes tragend, darauf Anspruch machen, außer dem Bereiche der bloß politisch-administrativen Anordnungen zu stehen. In der Entschädigungsfrage ist er übrigens eigenthümlicher Ansichten. Den Anspruch der Besitzer auf Erhaltung ihres Eigenthums

---

[18]) Letztere Bemerkungen sind einerseits gegen das preußische Edict vom 7. Sept. 1811 und andererseits gegen Hoffmann gerichtet. Jenes legte die Entschädigungspflicht der Gemeinde auf, und dieser bevorwortet (Befugniß zum Gewerbsbetriebe, Berlin 1841, S. 80) die Bildung eines Tilgungsfondes aus Abgaben der Neueintretenden.

[19]) Grundsätze der Volkswirthschaftspolitik. 4. Auflage, Heidelberg 1854, §. 194.

[20]) Die Grundlehren der Volkswirthschaft. II. Bd., §. 101.

[21]) A. a. O., S. 101 und 102.

anzuerkennen, und den Gemeinden deren Ablösung aufzubürden — wie es Preußen gethan habe — heiße diese mit einer Masse von Schulden belasten, unter welchen sie mit der in ihrer Mitte etablirten Industrie erliegen, und welche je abzutragen für viele eine absolute Unmöglichkeit sei. Das Recht des Besitzes nicht zu bestreiten, dagegen die Bedingungen aufzuheben, die ihm einen Werth verliehen, und die unbegrenzte Vermehrung der sonst in gewissen Schranken gehaltenen Gewerbe zuzulassen — und die Vertheidiger des Entschädigungsrechtes bezeichnen auf solche Weise den Vorgang der österreichischen Gesetzgebung — heiße das Eigenthum einer sehr großen Zahl von Familien bis zur Unbedeutenheit vermindern. Hier werde dem Einzelnen ein Opfer auferlegt, um es dem Ganzen zu Gute kommen zu lassen; dort erkaufe man, um seinen Zweck zu erreichen, ein im Wege stehendes Object um einen Preis, bei welchem die Frage nicht unzeitig ist, ob er nicht zu hoch sei, d. h. ob er nicht ein größeres Uebel sei, als jenes, was man damit beseitigt hat. An und für sich schon sei die Vermehrung der Schulden für eine Gemeinde ein unbestrittenes Uebel, sie sei aber auch noch ein besonderes direct nachtheilig einwirkendes Uebel für die mit der Industrie beschäftigten Gemeindeeinwohner. Die Industrie einer hochbesteuerten Gemeinde könne mit jener einer gering besteuerten nur in eine nachtheilige Concurrenz treten. Es ist ersichtlich, daß diese Beweisgründe Beislers nur in verstärkter Weise gegen jenes Verfahren geltend gemacht werden können, nach welchem die Aufbringung der Entschädigung nur den Gewerbetreibenden allein — sei es allen oder gewissen Classen derselben — zur Last fiele.

Beisler erblickt nun in dem Institute der Realität solcher Gewerbe, deren zu große Vermehrung dem Nationalwohlstande Gefahr droht, und welche sowohl ihrer Zahl als den Gewerbsbefugnissen nach dem freien Betriebe entzogen sein sollten, ein einfaches und wohlthätiges Mittel ihrer Beschränkung [22]). Zunächst schlägt er die Fixirung der Gewerbe solcher Art nach dem Bedürfnisse der Gemeinde vor. Die Vermehrung oder Verminderung derselben solle nur aus Rücksichtnahme auf das Bedürfniß des Publikums, aber nie zu Gunsten der Bewerber stattfinden. Die Bewerbung um diese Gewerbe aber wäre dem freien Verkehre zu überlassen.

Entweder sind nun diese Gewerbe in einer Gemeinde schon real oder nicht. Im ersten Falle könnte der Werth der Realität aller

[22]) A. a. O., S. 232 u. ff.

dieſer Gewerbe gerichtlich geſchätzt und ſie um dieſe Schätzungspreiſe von der Gemeinde erworben werden, um ſie wieder bis zur Normzahl zu veräußern [23]). Wo aber die zu reducirenden Gewerbe nicht real ſind, iſt die Sache noch einfacher. Man fixirt die Normalzahl und ſobald dieſe erreicht iſt, ſetzt man bei weiterer Erledigung ſtets eine Realconceſſion zum Kaufe aus, bis die ganze Normalzahl reale ſind. Dieſe nach Beislers Anſicht bedeutenden Geldbeträge könnten wieder zur Einlöſung anderer nicht fixirter Realgewerbsrechte, zur Zahlung der Gemeindeſchulden oder dgl. verwendet werden. Zeitweiſe, z. B. in je 10 Jahren, wäre die Vermehrung oder Verminderung der fixirten Gewerbsrechte zu erwägen. Auf ſolche Art meint Beisler den Klagen wegen Entwerthung der Realgewerbe zu begegnen. Nothwendiger Weiſe ſetzt aber die Realität eines Gewerbes im Sinne Beisler's voraus, daß dasſelbe in ſeinen Befugniſſen abgeſchloſſen, das iſt, auf die Befugniſſe beſchränkt bleibe, welche die urſprüngliche Erwerbung gewährte. „Die Realität, indem ſie den Betrieb fixirt, iſt alſo ein die Ausdehnung und beziehungsweiſe die Vervollkommnung der Gewerbe ausſchließendes Prinzip, und darf daher nur auf ſolche angewendet werden, die an und für ſich keiner Vervollkommnung fähig ſind, und deren Ausdehnung im nationalökonomiſchen Sinne nicht wünſchenswerth iſt."

Das Reſultat dieſer Ausführung iſt alſo, *durch den Verkauf der für alle Zeiten als real erklärten Gewerbe ſo bedeutende Kaufſchillinge einzubringen, um mit dieſen diejenigen Gewerbe aufkaufen zu können, welche ihre reale Eigenſchaft verlieren ſollen.* Den Realgewerbsberechtigten wird ſomit kein Opfer zugemuthet, da die Einen berechtigt bleiben, den Andern aber die Befugniſſe abgekauft werden. Allein ein weſentlicher Unterſchied von der Anſicht jener, welche alle Realgewerbe, ſei es auf Koſten der Gemeinde oder der Gewerbetreibenden, einzulö-

[23]) Dieſe Operation könnte nach Beislers Anſicht in verſchiedenen Modificationen in's Werk geſetzt werden. Zunächſt wäre zu verſuchen, ob nicht die Normzahl um den Geſammtſchätzungspreis aller an einen Theil der ehemaligen Beſitzer wieder verkauft werden könnte; doch hätte die Gemeinde als erſter oder der Gewerbsmann als zweiter Käufer den Kaufſchilling erſt dann zu erlegen, wenn der bisherige Beſitzer aufhörte, ſein Gewerbe perſönlich zu betreiben, wo dann die Gemeinde an dieſen oder ſeine Erben und der zweite Käufer an die Gemeinde den bedungenen Kaufſchilling zu bezahlen hätte. Oder die Gemeinde nimmt ſie alle an ſich, läßt nur die Normzahl beſtehen, und macht bei Erledigung innerhalb derſelben eine neue Ausſchreibung. Der höhere Preis, um den ſie an Mann gebracht würden, hätte die Folge, daß entweder kein oder nur ein ſehr geringer Verluſt auf Seite der Gemeinde entſtände.

sen vorschlagen, ist damit nicht gegeben; denn nach Beislers Ansicht fällt die Last der Maßregel doch wieder nur entweder dem kaufenden Publicum, also zunächst der Gemeinde, oder den Erwerbern der realen Gerechtigkeiten zu. Jenes — wenn die Producenten im Monopolspreise auch jenen Antheil sich vergüten lassen, welcher aus dem um so höheren Einkaufspreise des Gewerbsmannes in seine Stelle nothwendiger Weise entstehen muß, je wenigere Gewerbe als reale belassen und je mehr bisher als real geltende in die Kategorie der persönlichen versetzt werden; dieses — wenn die Gewerbsleute in der Concurrenz mit den Gewerbetreibenden der Nachbar- oft auch entfernterer Gemeinden auf den hohen Preisen ihrer Erzeugnisse nicht beharren können.

Enthält also in der angedeuteten Richtung B.'s Ansicht nichts Neues, so stehen derselben eigenthümliche Bedenken entgegen. Abgesehen von der, heut zu Tage von Niemandem mehr vertheidigten, Stabilität der als real erklärten Gewerbe, ist es noch sehr die Frage, ob sich überhaupt für die Realgewerbe Kaufschillinge in solcher Höhe werden erzielen lassen, um mit ihrem Ergebnisse die zu cassirenden realen Gewerbe einzulösen. Wie aber in jenem Falle, wenn die nach Decennien vorzunehmende Revision der Gewerbezahl eine Verminderung derselben als räthlich herausstellen sollte. Welcher Fond stände nun da zu Gebote, um das einzuziehende Gewerbe zu kaufen, nachdem das vorgeschlagene Mittel, der Verkauf, nicht zum Ziele führt, und sich gerade eine Operation als nothwendig herausstellt, die dem Verkaufe ganz entgegengesetzt ist.

Bei den Schwierigkeiten, auf welche man, das Entschädigungsrecht der Realgewerbe in Voraussetzung genommen, bei Bildung des Entschädigungsfondes stößt, liegt die Ansicht nahe, *die Realgewerbe ohne Entschädigung aufzuheben*. In der That scheint dieß auch die Ansicht Lotz's [24]) zu sein. Zwar vertheidigt auch er nur eine allmählige Aufhebung aller mit den gegenwärtigen Entwicklungszuständen des Staates nicht vereinbaren Institutionen, und ist gegen deren urplötzliche Vernichtung. „Doch sei" meint er „bei der Aufhebung keineswegs die allzugroße Bedächtlichkeit nöthig, mit der man solche Uebergänge vom anomalen Wesen zum naturgemäßen Stande der Dinge zu betreiben pflegt. Die Achtung vor angeblich wohl erworbenen Rechten dürfe nie im bürgerlichen Wesen so weit getrieben werden, daß Gefahr entstehen könne, den Sinn und Zweck des Staats-

[24]) A. a. O., S. 77 u. ff.

wesens darüber selbst aus dem Auge zu verlieren. Und doch entstehe eine solche Gefahr wirklich, wenn man an Reformen der Art die Hand mit allzugroßer Zurückhaltung und Bedächtlichkeit anlege". Seiner Ansicht nach gehe man zu weit, wenn man in derlei Fällen eine allgemeine Entschädigungsberechtigung für die durch die Aufhebung solcher Institutionen leidenden Individuen annimmt, um nicht zu große Erschütterungen in den Vermögensverhältnissen der Betheiligten und ihrer etwaigen Gläubiger zu veranlassen [25]).

IV.

Auch mehrere österreichische **Handels- und Gewerbekammern** waren in der Lage, sich über das Entschädigungsrecht der Realgewerbe zu äußern.

Der Entwurf der jetzt bestehenden Gewerbeordnung wurde, wie oben bemerkt, den Handelskammern des Reiches zur Begutachtung zugewiesen. Dieser Entwurf [26]) hielt die bestehenden Realgewerbsrechte vor der Hand aufrecht, erklärte sie aber für unfähig der Ausdehnung oder Erweiterung ihrer Rechte (§. 162), und stellte die Anordnung eines Präclusivtermines in Aussicht, innerhalb dessen die Realeigenschaft jener Gewerbe zur Anerkennung zu bringen sein wird, rücksichtlich welcher letztere noch nicht erfolgt sein sollte (§. 163). Endlich wurde außer mehreren in der Consequenz des Begriffes der Realgewerbe gelegenen, der bisherigen Gesetzgebung entsprechenden, Sätzen (§§. 164 bis 166) auch die Beschränkung aufgenommen (§. 164, e), daß der Besitzer eines Realgewerbes kein Personalgewerbe derselben Art im nämlichen Orte betreiben dürfe, es sei denn mit Verzichtleistung auf die Realeigenschaft des ersteren.

---

[25]) Wenn übrigens Lotz bei Besprechung des preußischen Edictes über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer vom 2. Nov. 1810, §. 17, worin für diejenigen Orte, wo jetzt Gewerbegerechtigkeiten stattfinden, welche nicht auf einem Grundstücke haften und damit in keiner unzertrennlichen Verbindung sind, die aber dennoch in den Hypothekenbüchern eingetragen sind, die Regulirung einer billigen Entschädigung für den bisher Berechtigten in Aussicht gestellt ist, in der Eintragung in die Hypothekenbücher und in der Garantie, welche dadurch der Staat gleichsam für ihr Fortbestehen übernommen hat, einen Grund für die Rechtlichkeit solcher Entschädigungsansprüche zu finden meint; so ist eine solche Ansicht von Inconsequenz nicht freizusprechen. Soll der zufällige Umstand der Eintragung in die Hypothekenbücher über eine so wichtige Frage entscheiden, und liegt überhaupt in der Eintragung in die genannten Bücher irgend eine Garantie für den Fortbestand des verhypothecirten Gegenstandes oder seines Werthes?

[26]) Veröffentlicht im Dezember 1855.

Die Aeußerungen der Handels- und Gewerbekammern über diese Bestimmungen sind nun allerdings ziemlich verschieden, und sollen im Nachfolgenden die wichtigsten hervorgehoben werden.

Die Handels- und Gewerbekammer zu Gratz[27]) bevorwortete die Ausdehnung jener Principien, welche durch wiederholte a. h. Entschließungen auf Wien und Niederösterreich bereits ihre Anwendung gefunden hätten. Da es sich dabei jedoch um die Aufhebung wohlerworbener Privatrechte handle, so müsse ein Fond zur Entschädigung der letzteren herbeigeschafft werden. Auch in diesem Puncte schloß sich die Kammer an die angeführten Anordnungen an, indem sie der Meinung war, daß aus den Anmeldungstaxen der neu hinzutretenden Gewerbsleute, jedoch abgesondert für die einzelnen Gewerbsclassen, ein Entschädigungsfond gebildet werden solle. Uebrigens wären nach der Ansicht der Kammer die Normalpreise zum Anhaltspuncte der Entschädigung zu nehmen, und von der letzteren jene Realgewerbe auszuschließen, welche von einer Concession abhängen und deren Verleihung zugleich auch von dem Ortsbedarfe abhängig ist.

Die Prager Handelskammer fand[28]) in dem Entwurfe die Tendenz der früheren Gesetzgebung, die Realgewerbe der Zahl und Eigenschaft nach mehr und mehr zu beschränken, während sich vom rechtlichen Standpuncte Rücksichten aufdrängen, diesen Gewerben irgend einen Schutz angedeihen zu lassen. Dieselben werden, wenn auch nur um fixirte nicht zu überschreitende Summen, verkauft. Sie seien der Verpfändung fähig und meist auch verpfändet. — Der Fortbestand der Realgewerbe neben der Gewerbefreiheit sei eine Anomalie; selbst dann, wenn es sich um Gewerbe handelt, die auch nach dem neuen Entwurfe concessionirt bleiben. Denn sobald es Jedermann freistehe, einen Meldschein zum Gewerbe oder die leicht zu erwerbende Concession zu erlangen, könne nicht erwartet werden, daß er sich veranlaßt finden werde, für das Realgewerbe einen, wenn auch geringen Preis zu bezahlen, das Gewerbe werde entwerthet und das Eigenthums- und Pfandrecht aufgehoben. Es dringe sich daher mit Nothwendigkeit die Forderung auf, einmal mit der Gewerbefreiheit die Realgewerbe aufzuheben, andererseits aber die rechtlichen Verhältnisse zu schützen. Dies letztere ließe sich nur durch eine förmliche Ablösung der Realgewerbe erzielen, für welche Maßregel so wie für deren Durchführung sich viele Analogien in der Grundentlastung finden.

[27]) Austria, 1856, I. 263.
[28]) Ebenda, S. 323.

In der Troppauer Handelskammer [29]) wurde der auf Entschädigung abzielende Antrag, „daß die Realgewerbe, deren Bestehen neben der Gewerbefreiheit gar keinen Sinn habe, ganz als aufgehoben erklärt, und die Besitzer derselben entschädigt werden sollen", mit allen Stimmen angenommen. „Denn", wird in der Motivirung gesagt, „wenn nach der Bestimmung der Gewerbeordnung jeder Unternehmungslustige jedes Gewerbe betreiben könne, dann haben die Realgewerbe ohnehin alle Bedeutung verloren, weil Niemand mehr ein solches zu erwerben trachten werde, nachdem für ihn die Erlangung von persönlichen Gewerbsrechten mit gar keinen Schwierigkeiten verbunden ist. Da die Realgewerbe gleich dem Propinationsrechte in den Regalbenefizien eine uralte gesetzliche Anerkennung für sich haben, und im Vertrauen auf diese mitunter zu hohen Preisen erworben wurden, da ferner die Realgewerbe gesetzlich als Hypotheken belastet werden durften, sei der Anspruch der Berechtigten auf eine entsprechende Entschädigung um so mehr gegründet, als sonst in den meisten Fällen die Hypothekargläubiger und nicht selten auch Pupillen bedeutende Verluste erleiden werden. Wenn die Kammer die Aufhebung des Propinationsrechtes gegen Entschädigung beschlossen habe, müsse sie consequent auch die Entschädigung der Besitzer von Realgewerben beschließen".

Die Innsbrucker Kammer bezeichnete [30]) die Bestimmung des §. 162 des Entwurfes, welcher den Realgewerben, seien solche nun verkäufliche oder radicirte, die Aufrechterhaltung zuspreche, in Anbetracht der gänzlich freigegebenen Gewerbe, als eine rein illusorische Zusage, indem beide Gattungen ihren bisherigen Werth ganz verlieren müssen. — Die Kammer verkenne nicht, daß bei dem bisher festgehaltenen Concessionssysteme beide Gattungen nur zum Nachtheile der Industrie existirten, weil sie häufig nur von solchen Bewerbern um Befugnisse gekauft oder gepachtet wurden, die aus Mangel der geforderten Eigenschaften ein personelles Befugniß nicht erlangen konnten. Um das Gesetz weiters zu umgehen, wurden von solchen Unfähigen befähigte Geschäftsleiter der Behörde angezeigt, welche sich aber nicht im Geringsten um das Geschäft selbst bekümmerten und um den bedungenen Lohn lediglich mit ihrem Namen figurirten. Diese Mißbräuche waren auch die Veranlassung, daß die Kammer grundsätzlich die möglichste Beschränkung derselben bei jeder Gelegenheit den Behör-

[29]) Austria, 1856, I. 227.
[30]) Ebenda, S. 431.

[illegible] unempfohlen habe. Andererseits erachte die Kammer auch, es [illegible] wohl erwogen werden, daß die meisten dieser Gewerbe durch [illegible] an die nunmehrigen Eigenthümer übergegangen und häufig auch [illegible] für ihre Forderungen verpfändet wurden. Durch die vor[illegible]liche Entwerthung werde den ersteren ein Schaden im Betrage [illegible] ganzen Kaufschillinges zugehen, und die Forderung letzterer durch [illegible] untergestellte Pfand keine Sicherheit mehr genießen, während doch sowohl die Käufe als auch die Darlehen lediglich im Vertrauen auf die bestehenden Gesetze zu Stande kamen. Es dürfte daher, um die Gesetzgebung von dem Vorwurfe der Ungerechtigkeit frei zu halten, eine Ablösung derselben Seitens des Aerars von jenen Besitzern angeordnet werden, die solche wünschen. Hiedurch könnte mancher Gewerbsmann, der, vorzüglich bei der als gewiß zu erwartenden großen Concurrenz, in Bedrängniß kommen wird, zu einem kleinen Fonde gelangen, der ihm im Vereine mit seiner Thätigkeit die künftige Existenz eher ermögliche, was durch einen Verkauf zu erzielen ihm bei der Entwerthung der Realgewerbe nicht mehr gelingen könnte.

Die Olmützer Kammer [31]) erklärte sich nur gegen die in den Entwurf §. 164, e aufgenommene Bestimmung, daß der Realgewerbsbesitzer kein Gewerbe derselben Art an dem Standorte des Realgewerbes betreiben dürfe, ohne auf die Realeigenschaft desselben zu verzichten. Diese Beschränkung bestehe im Allgemeinen nicht, und da nach Einführung der Gewerbefreiheit die Realgewerbe ohnedies jede Bedeutung verlieren müßten, so ließe sich eine noch weitergehende Beschränkung derselben kaum rechtfertigen; daher dem Realgewerbsbesitzer jedenfalls gestattet bleiben sollte, ein verwandtes oder anderes Gewerbe gegen Anmeldung und nach gelöstem Meldscheine zu betreiben.

Auch die Wiener Kammer [32]) war gegen die aus den §§. 157 [33]), 162 und 164, e des Entwurfes abzuleitende Beschränkung des Realgewerbsberechtigten, wornach er nicht wie der persönlich Befugte in der

---

[31]) Austria, 1856, I. 164.
[32]) Ebenda, S. 317.
[33]) Derselbe lautet: Die nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen rechtskräftig bestehenden Gewerbsrechte bleiben in ihrem gegenwärtigen Umfange aufrecht. Ist mit einem Gewerbe nach dem gegenwärtigen Gesetze ein weiter gehendes Recht verbunden, als nach den bisherigen Vorschriften, so tritt der Gewerbetreibende von selbst in den Genuß jener ausgedehnteren Rechte (Vergl. hiemit den §. VI des Einführungsgesetzes zur Gewerbeordnung vom 20. Dez. 1859).

Erweiterung des Betriebsrechtes nach dem neuen Gesetze Theil nehmen sollte, wenn er nicht auf die einen bestimmten Geldwerth repräsentirende Realeigenschaft seines Gewerbes Verzicht leistet. Die Kammer beantragte daher, daß auch der Realgewerbsbesitzer für seine Person berechtigt sein soll, an dem nach dem neuen Gewerbsgesetze sich etwa erweiternden Betriebsrechte des betreffenden Erwerbszweiges, gleich allen Personalgewerbsberechtigten, unter der Bedingung Theil zu nehmen, daß dadurch der entgeltliche, grundbücherlich eingetragene, Werth — soll wohl heißen Normalpreis — des Realgewerbes nicht erhöht werde.

Läßt sich annehmen, daß die zwei letztgenannten Kammern wenigstens principiell für das Entschädigungsrecht nicht waren, so erklärte sich die Linzer Kammer geradezu gegen dasselbe. Es heißt in dem Berichte der letzteren [34]): Manche haben das Bedenken gegen die in dem Entwurfe ausgesprochene Gewerbefreiheit, daß die Realgewerbe ihren Werth verlieren werden. Indessen habe man bisher schon trotz der Realgewerbe Concessionen verliehen. Das Concessionswesen hinderte nicht, daß die Gewerbe sich vermehrten. Es sei irrig, einem Realgewerbe einen Werth an sich zuzumuthen; der Betrieb gebe erst den Werth. Jemand, der beispielsweise ein reales Tischlergewerbe ausgezeichnet betreibe, werde ganz leicht einen Käufer finden, der viel darum gibt, dieses Gewerbe in diesem Betriebe zu übernehmen. Ein ohne Erfolg betriebenes Realgewerbe verlor dagegen den Werth längst schon, ehevor man von Gewerbefreiheit sprach. Endlich sei mit keinem Realgewerbe ein Recht erkauft worden, daß kein Anderer ein solches erlange. Was würde man sagen, wenn die Besitzer alter Häuser sich über die Baufreiheit beklagen und Entschädigung verlangen würden, weil die neuen Häuser, welche von Bauunternehmern, ohne um den Localbedarf zu fragen, ganz frei gebaut werden, das Erträgniß der alten schmälern, den Kaufwerth derselben mindern und die Tabulargläubiger in Gefahr setzen? Am Ende müßte vor Allem den neuen Meistern verboten werden, Besseres zu produciren, denn das schade jenen am meisten, welche bisher minder gutes Product lieferten, und denen man es abkaufen mußte, weil im Orte durchaus nichts Besseres für den dringenden Bedarf zu haben war [35]).

---

[34]) Austria, 1856, I. 160.

[35]) Wenn noch bemerkt wird, daß die Kronstädter Kammer für Länder, wie z. B. Siebenbürgen, wo bereits ein Präclusivtermin zur Anmeldung der Realgewerbe festgesetzt ist, den Wegfall eines zweiten Termines bevorwortete

[illegible] Prags neuren in einem solchen Gesuch
0) Prager verkäuflichen Schuhbankgerechtigkeiten
cherlich bestehenden letzten Einkaufspreisen (Ne
jeder einzelnen Schuhbankgerechtigkeit abgelöst r
spuncte kamen bei der Debatte über dieses Gesu
mmer nicht zum Vorschein. Nur wurde die
tete Ausschließlichkeit des Befugnisses der Schuh
n dem l. f. Commissär zurückgewiesen.
Schließlich blieb die Kammer der oben [37]) ange
und erachtete es für gerecht, daß den Besitze
ben, welche in Folge der durch die neu
ung herbeigeführten Concurrenz eine
g erleiden, eine Entschädigung geleiste
den Entschädigungsfond aufzubringen, wurden
ungstaxen vorgeschlagen [38]).
Auch bei der Linzer Handelskammer überre
reibende ein Gesuch, in welchem sie um Unterstütz
en, den bücherlich ausgezeichneten Kaufswerth ihr
abzulösen. Der Referent wies darauf hin, daß
setz den Realgewerben dadurch erweiterte Befug

---

stria, 1856, I. 519), so dürfte mit der obigen Ausführu
ere erschöpft sein, was die österr. Handelskammern bei
Entwurfes der Gewerbeordnung über die Realgewerbe
[illegible]

daß sie nun Hilfsarbeiter aller Gattung auch von andern Gewerben halten, daß sie auch mit fremden Erzeugnissen ihrer Gewerbskategorie Handel treiben dürfen, daß sie Niederlagen errichten können, was ihnen bisher nicht zustand; ferner, daß sie nie ein ausschließliches Recht besaßen, daß im Laufe der Zeit die Concurrenz durch die Personalgewerbe immer bedeutender wurde, daß die gegenwärtige Werthsverminderung nicht als Enteignung im Sinne des §. 365 des a. b. G. B. aufgefaßt werden kann, daß das Gleichniß der Grundlastenablösung nicht zutreffe, und es am wenigsten angehe, durch den Nachwuchs der Gewerbetreibenden den Realgewerbebesitzern ihre Befugniße abzulösen, ungeachtet diese nach wie vor betrieben werden könnten. Auch wurde abermals darauf hingewiesen, daß die Eigenthümer älterer Häuser bei Neubauten sich in ähnlicher Lage befinden. So sehr es daher an Rechtsgründen fehle, so sei man doch, bevorwortete der Referent, aus Billigkeitsgründen für die Ablösung, weil nur auf diese Weise dem Verfalle vieler Familien vorgebeugt werden könne. In der That beschloß auch die Kammer, nicht ganz im Einklange mit ihrer im J. 1856 geäußerten Ansicht [39]), denjenigen Besitzern von Realgewerben, welche einen Werthverlust nachweisen und ansprechen, eine angemessene Vergütung, etwa aus Landesmitteln, zu beantragen [40]).

Nicht minder wurden auch der Reichenberger Handelskammer mehrere solche Gesuche vorgelegt und es waren auch hier die Rücksicht auf die Beeinträchtigungen, welche die Realgewerbsberechtigten durch die neue Gewerbeordnung erlitten haben sollen, so wie die Interessen der Pfandgläubiger, welche die Kammer bewogen, die Entschädigungsgesuche zu bevorworten, ohne in die Art oder Größe der Entschädigung einzugehen. Allerdings geschah es nicht, ohne daß von gegentheiliger Seite das Entschädigungsrecht überhaupt geläugnet und die Schwierigkeit hervorgehoben worden wäre, mit der man, selbst die Entschädigung zugebend, mit der Erhebung des Entschädigungsbetrages und der Bildung des erforderlichen Fondes zu thun hätte [41]).

Endlich bemerkte auch die Brünner Kammer, daß die Realgewerbsbesitzer im guten Glauben auf den dauernden Anwerth ihrer

[39]) Siehe die Anmerkung 34.
[40]) Austria, 1860, I. 771.
[41]) Ebenda, S. 804.

Realrechte und angetrieben durch die Schwierigkeiten der Erlangung einer persönlichen Gewerbsconcession die Realgewerbe erworben hätten. Auf eine Entschädigung jedoch hätten sie Anspruch lediglich aus Billigkeit. Nie sei denselben ein Privilegium gegeben worden und selbst bei Polizeigewerben hätten noch persönliche Befugnisse bestanden, welche mehr oder weniger liberal verliehen wurden. Die Gewerbefreiheit bewirke zwar eine starke Vermehrung der Gewerbsunternehmungen, begründe aber kein Entschädigungsrecht. Es verlange jedoch die Billigkeit und der Schutz der einzelnen Privaten vor Rückwirkung von Gesetzesreformen auf ihr Hab und Gut den unvermeidlichen Schaden möglichst zu mildern. Hiezu komme endlich das Verlangen der Sicherheit im bürgerlichen Rechtsverkehre, mit welcher die thatsächliche Aufhebung zahlreicher Hypothekarrechte nicht vereinbar wäre. Nach der Meinung der Kammer müßte jedoch die Entschädigung nicht nach Gewerbeklassen, sondern ganz allgemein in Angriff genommen werden [42]).

V.

Die durch die Handelskammern bei dem Ministerium unterstützten Entschädigungsgesuche hatten zu einem für die Entschädigungswerber günstigen Resultate nicht geführt. Diese wendeten sich daher in den Kronländern Kärnthen, Oberösterreich und Salzburg mit ihren Gesuchen an die Landtage, welche sich auch im Sinne des Entschädigungsrechtes, wenn auch nicht in gleicher Weise, aussprachen.

Der Kärnthnische Landtag beschloß in der Sitzung am 10. Februar 1863 mit Majorität: Die Regierung möge die Frage wegen der Leistung einer billigen Vergütung aus Reichsmitteln für die durch die Gewerbeordnung vom Jahre 1859 entwertheten Realgewerbe in Erwägung ziehen und, nach Befund, die Vergütung im verfassungsmäßigen Wege einleiten.

Für die Entschädigung wurde die Entwerthung der Realgewerbe, die dadurch herbeigeführte Minderung des Eigenthumes der Besitzer nicht minder aber der Gläubiger, unter denen sich Witwen und Waisen befinden, die in der Regel sehr ärmliche Lage der Realberechtigten, die Analogie mit der Grundentlastung und der Umstand geltend gemacht, daß die Realberechtigten ihre Gewerbe durch Kauf vom Staate

[42]) Austria, 1860, II.. S. 93.

erworben hätten, dieser also doch nicht durch ein Gesetz aufheben dürfe, was leider sonst durch den Zeitgeist bewirkt werde. Wie wohl nun die Gegner der Entschädigung diese Gründe genügend widerlegten, so wurde doch der obige Beschluß gefaßt, wahrscheinlich in der Erwägung, einerseits, daß sich die Regierung eben mit Sammlung der Daten ob und in wie fern auf eine Entschädigung der Realgewerbe eingegangen werden soll, befasse, und der ganze Antrag nur dasjenige bezweckt, was ohnehin schon geschieht, und andererseits, daß mit dem Beschlußе kaum eine Parteinahme für das Entschädigungsrecht ausgesprochen sein dürfte. Hervorgehoben muß jedoch werden, daß der Entschädigungsfond nach der Ansicht des Landtages nur aus Reichsmitteln gebildet werden solle, da in Oberkärnthen durch die französische Herrschaft in den sogenannten illyrischen Provinzen, denen jenes angehörte, die Realgewerbe ohne alle Entschädigung bereits längst aufgehoben seien. So richtig nun die Ansicht des Landtages, daß die Bildung des Entschädigungsfondes aus Landesmitteln ganz unstatthaft wäre, eben so zweifelhaft ist die weitere Consequenz, daß die Entschädigung schon deßhalb dem Reiche zur Last falle [43]).

---

[43]) Das Institut der Realgewerbe ist nicht über das ganze Kaiserreich, und in den einzelnen Kronländern, in welchen es heimisch ist, nicht in gleicher Weise ausgebreitet. So haben Lombardovenetien, Dalmatien, Krain, das Küstenland, Oberkärnthen und Südtirol keine Realgewerbe. Das Hinderniß, welches nach der Auffassung der Entschädigungsvertheidiger der gerechten Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit im Wege steht, beschränkt sich daher nur auf einzelne Kronländer oder Theile derselben. Zur Beseitigung dieses Hindernisses auch die anderen heranzuziehen, welche dasselbe nie gekannt, oder den behaupteten Nachtheil der schon vor Jahrzehenden erfolgten unmittelbaren, sei es entgeltlichen oder unentgeltlichen, Aufhebung desselben überwunden haben, wäre daher gewiß eine Verletzung der Gerechtigkeit. Die letztere verbiethet also, die Entschädigung aus Reichsmitteln zu nehmen. Ja es dürfte im Vorstehenden genügend gezeigt sein, daß in einzelnen Kronländern der Entschädigungsfond aus einem Bereiche genommen werden müßte, welches kleiner ist als das Kronland. Sobald einmal dieses Prinzip anerkannt ist, gelangt man an der Hand desselben bald dahin, die Entschädigung aus den Beiträgen der Bezirke und sofort jenen der Gemeinden zu entnehmen, in welchen Realgewerbe bestehen. Mögen nun aber der Bezirk oder die Gemeinde die ganze Summe oder nur einen Theil derselben aus den Steuerzuschlägen, und im letzteren Falle den Ueberrest die sämmtlichen oder nur die Gewerbetreibenden jener Abtheilung aufbringen, in welcher Realgewerbe bestehen, so ist auch dieser Vorgang nicht ohne Bedenken, wie bereits auch oben (Anmerkung 18) auf dieselben hingedeutet wurde, und überhaupt um so gefährlicher, je weniger Personen zum Entschädigungsfonde beizutragen haben. Es ist somit an einem gegebenen Falle ersichtlich, daß, wenn auch ein Entschädigungsrecht im Grundsatze zugegeben werden wollte, damit noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt wären.

Bestimmtere Anträge stellte der oberösterreichische Landtag. Schon am 16. April 1861 wurde, ungeachtet mehrfachen Einwandes gegen das behauptete Entschädigungsrecht der Realgewerbe, beschlossen, daß der Antrag wegen Entschädigung der Besitzer radicirter und verkäuflicher Gewerbe zur genaueren Erhebung der bezüglichen statistischen Daten und Gewerbsverhältnisse und sofort zur definitiven Antragstellung an den Landesausschuß überwiesen werde.

Durch die in Folge dieses Beschlusses gemachten Erhebungen [44]) zeigte sich, daß der Gesammtwerth aller in dem Kronlande Oberösterreich befindlichen realen Gewerbe 3943167 fl. und 92 kr. ö. W. betrage. Im Laufe der Verhandlung wurde hervorgehoben, daß bei der sehr ungleichen Vertheilung der Gewerbe auf die einzelnen Gemeinden [45]) keine Gemeinde begehren könne, daß die anderen für sie einen Theil der Entschädigung bezahlen, nicht minder trat das Bestreben sichtlich hervor, die seiner Zeit zu leistende Entschädigung als unter der obigen Ziffer stehend darzustellen, namentlich wurde bevorwortet, die Entschädigung nur auf Verlangen und gegen den Beweis des Schadens zu geben. [46]) Wiewohl auch in diesem Landtage die Gegner des Entschädigungsrechtes sehr thätig waren, so wurde doch schließlich in der Sitzung vom 23. Febr.

---

[44]) Im ganzen Kronlande bestehen 14504 reale und zwar 10587 radicirte und 3917 verkäufliche Gewerbe, darunter 11462 ohne Werthangabe und 3042 mit Werthangabe, und zwar 1023 radicirte und 2019 verkäufliche. Der Gesammtwerth der Gewerbe mit bücherlich verzeichnetem Werthe beträgt 820298 fl. 35 kr. öst. W., wovon 281422 fl. 5 kr. auf die radicirten und auf die verkäuflichen 538876 fl. 30 kr. entfallen. Von den nicht bewertheten 11462 sind 9564 radicirte und 1898 verkäufliche Gewerbe. Wird für die nicht bewertheten ein Werth veranschlagt, welcher dem bücherlichen Werthe anderer derlei Gewerbe gleich kömmt, so entfallen auf die erwähnten 11462 Gewerbe 3122869 fl. 57 kr. öst. W. und zwar wieder auf die radicirten 2640286 fl. 28 kr. und auf die verkäuflichen 482583 fl. 59 kr., wornach der Gesammtwerth aller Gewerbe in Oberösterreich sich mit 3943167 fl. 92 kr. öst. W. beziffert.

[45]) So z. B. hat Linz 699 reale und zwar 246 radicirte und 453 verkäufliche Gewerbe, im Werthe von 509836 fl. 72 kr. In Wels bestehen 482 reale und zwar 388 radicirte und 144 verkäufliche Gewerbe im Werthe von 71186 fl. 96 kr. öst. W.

[46]) Die Gesuche der Gewerbsberechtigten waren nämlich im Verhältnisse der vorhandenen realen Befugnisse nur wenige. Im April 1860 hatten sich 168 real Berechtigte bei der Linzer Handelskammer um die Bevorwortung ihres Entschädigungsanspruches beworben. Am 19. Juni 1861 überreichten 15 Inhaber verkäuflicher Schneidergewerbe ihre Entschädigungsgesuche. Erst später, nachdem der Landtag zum Behufe der Behandlung dieser Frage Erhebungen machen ließ, wurden zahlreichere Gesuche angebracht.

1863 der Antrag, eine billige Vergütungsleistung für solche Besitzer von Realgewerben nach §. 18 der Landesordnung[47]) zu beantragen, welche darum ersuchen und nachweisen können, daß ihre Gewerbe lediglich oder doch vorzugsweise durch das Gewerbegesetz vom 20. December 1859 und die erfolgte Freigebung ihrer Gewerbskategorien entwerthet worden ist, mit Stimmenmehrheit angenommen. Der Landtag hält eine solche Entschädigung für im Rechte begründet, macht dieselbe jedoch von einem Beweise abhängig, der bei der oben ausgeführten Schwierigkeit desselben dem eben zugestandenen Entschädigungsrechte praktisch die Bedeutung nimmt.

Die weiteste Berücksichtigung haben die Entschädigungsgesuche der Realgewerbe in den Verhandlungen des Salzburger Landtages gefunden.

Schon in der Sitzung vom 12. April 1861 wurde der Bericht, beziehungsweise Antrag, eines in dieser Angelegenheit niedergesetzten Comite's lautend:

„Der Landtag erachtet es als einen Act der Gerechtigkeit, den Besitzern von Realgewerben eine Entschädigung zu gewähren. Dem Comite sei jedoch weder das nöthige Material noch die nöthige Zeit zur Verfügung gestanden, um in eine Berathung des Ablösungsmodus einzugehen und dasselbe beantragt, diese Erörterung und Berathung dem ständigen Ausschuße zuzuweisen" mit Stimmenmehrheit gutgeheißen, beziehungsweise angenommen.

Dieser Beschluß wurde von dem Landesausschuße vollzogen [48]),

---

[47]) „Der Landtag ist berufen, zu berathen und Anträge zu stellen über kundgemachte allgemeine Gesetze und Einrichtungen bezüglich ihrer besonderen Rückwirkung auf das Wohl des Landes und auf Erlassung allgemeiner Gesetze und Einrichtungen, welche die Bedürfnisse und die Wohlfahrt des Landes erheischen."

[48]) Im Lande Salzburg bestehen 2025 radicirte und 2328 verkäufliche, zusammen 4353 Realgewerbe, deren Gesammtnormalpreis 974000 fl. ö. W. ausmacht, wovon 778000 fl. auf die radicirten und 196000 fl. auf die verkäuflichen entfallen. Da jedoch seit 1779 und 1804, aus welchen Jahren die für die Realeigenschaft entscheidenden Gewerbscataster datiren, mehrere erloschen sind, auch der Landesausschuß der Meinung ist, daß nur die als frei erklärten zu entschädigen seien, so dürfte die Entschädigung den Betrag von 300000 fl nicht übersteigen.

Von einzelnen Gewerbszweigen und Gemeinden liefen mit den hier einschlägigen Daten auch Aeußerungen über das Entschädigungsrecht und die Art der Bildung des Entschädigungsfondes ein. Während einerseits das Entschädigungsrecht abgesprochen und der Einfluß der Gemeinde bei der Entscheidung, ob ein Gewerbe nothwendig sei, bevorwortet wird, wurde andererseits der Normalpreis als Entschädigungssumme hingestellt und die Aufbringung des Fondes theils allen Gewerbsleuten, theils nur den neu-

ein förmlicher Entwurf eines Gesetzes zur Entschädigung der Realgewerbsberechtigten dem Landtage vorgelegt, und von diesem der Antrag: „Der h. Landtag wolle den Entwurf der Berathung unterziehen und sodann im Wege des k. k Staatsministeriums dem engern Reichsrathe zur verfassungsmäßigen Behandlung nach §. 11 des Grundgesetzes vom 26. Februar 1861 [49]) vorlegen", und eben so auch der Gesetzesentwurf in der Sitzung am 19. Jänner 1863 mit Stimmenmehrheit angenommen.

Nach diesem Gesetzesentwurfe sollen die als freie erklärten Realgewerbe eine billige Vergütung nach dem Normalpreise in einem unverzinslichen Capitalsbetrage [50]) erhalten. Die Gewerbsbehörde hätte von Amtswegen die Höhe der Entschädigung auszusprechen. Letztere ist aus einem Landesfonde zu geben, welcher durch eine Gewerbstaxe (etwa 10 fl.) und durch Zuschläge zu den directen Steuern (etwa 2%) gebildet wird, welche Zuschläge von allen Steuerpflichtigen, mit Ausnahme

---

eintretenden und zwar theils im Vollbetrage, theils aber nur zu einem Dritt-Theile zur Last gelegt, für welchen Fall die übrigen zwei Dritt-Theile durch eine Landesumlage aufzubringen wären.

[49]) Zum engeren Reichsrathe gehören, mit Ausnahme der allen Königreichen und Ländern gemeinsamen Angelegenheiten, alle Gegenstände der Gesetzgebung, welche nicht ausdrücklich durch die Landesordnungen den einzelnen im engeren Reichsrathe vertretenen Landtagen vorbehalten sind.

[50]) Der Berichterstatter motivirt diesen Zusatz damit, „daß die Besitzer der Realgewerbe niemals Interessen bezogen hätten, daher auch der Vergütungsbetrag unverzinslich sein solle." Vom wirthschaftlichen Standpunkte jedoch haben sie in der Regel Interessen bezogen, weil der Aufwand, den sie machen mußten, um sich in den Besitz des Realgewerbes zu setzen, wie jeder andere Capitalsaufwand zum Behufe des Gewerbsbetriebes seine Rente zu tragen hat. Allein die Frage, ob den Realgewerbsberechtigten Zinsen zu verabfolgen seien, hängt nicht hievon, sondern davon ab, ob der Berechtigte in dem Momente, in welchem er auf die Vergütung Anspruch machen kann, dieselbe bar erhält oder nicht. Im ersteren Falle hätten Zinsen keinen Sinn, im letzteren müssen sie gegeben werden. Allerdings konnte man glauben, sich dort der Rücksichten des Rechtes entschlagen zu dürfen, wo man das Bewußtsein hatte, nicht Rechts- sondern Billigkeitsansprüche zu befriedigen· allein auch Almosen sollen nach Grundsätzen gegeben werden.

Wenn endlich jene Realgewerbsberechtigten, welche wegen der nur allmäligen Flüssigmachung des Entschädigungsfondes und der zu Tage getretenen Scheu vor dem Prinzipe der Anweisungen — wie dasselbe bei der Grundentlastung in Anwendung kam — später zur Entschädigung gelangen, mit dem ungestört fortdauernden Besitze ihres Gewerbes getröstet werden, so liegt darin das praktische Eingeständniß, daß man den Moment der Beschädigung nicht mit dem 1. Mai 1860, als dem Tage der Wirksamkeit der angeblich beschädigenden Gewerbeordnung, fixirt glaubt, weil der vermeintlich Beschädigte mit dem Besitze dessen nicht getröstet sein kann, was, wie ja behauptet wird, keinen Werth mehr hat.

der Besitzer von radicirten und verkäuflichen Gewerben [51]), einzuheben seien. Auch hier wieder wurde die Grundentlastung als Analogon angeführt, zu der ja auch die Gewerbsleute beitrügen [52]). Die Bemerkung des Landeschefs, daß die Taxe hoch gegriffen sein müßte, und daher gegen den Zweck der Gewerbeordnung wäre, daß die meisten Anmeldungen bereits geschehen seien, die Beträge aus der Gewerbetaxe daher nur sehr spärlich fließen werden, indem eine Nachzahlung nicht gefordert werden könnte, war nicht im Stande, in dem Landtage die der Entschädigung günstige Meinung umzustimmen.

Der Gesetzesentwurf lautet folgender Maßen:

§. 1. Den Besitzern der zu Recht bestehenden, durch die G. O. vom 20. Dez. 1859 für freie Gewerbe erklärten und dadurch entwertheten radicirten und verkäuflichen Gewerbe ist eine billige Vergütung zu leisten.

§. 2. Als Maximum der Vergütung wird die Vergütung des Normalpreises dieser Realgewerbe festgesetzt.

§. 3. Die Realeigenschaft der radicirten und verkäuflichen Gewerbe so wie der Normalpreis derselben ist nach den für die einzelnen

---

[51]) Diese Ausnahme von der Beitragspflicht wurde von dem Berichterstatter zu motiviren versucht, und zunächst unterschieden, ob die Besitzer der Realgewerbe eine Entschädigung erhalten oder nicht. In diesem Falle wäre es ungerecht, einen Beitrag von ihnen zu fordern, in jenem aber könnte leicht der Beitrag mehr ausmachen, als die etwa nach 30 Jahren zu gebende Entschädigungssumme, besonders, wenn die im Lande Salzburg gewöhnliche Verbindung mehrerer Erwerbsquellen in Einer Hand beachtet wird. Zu allen Arten von Steuern trage in der Regel dieselbe Person bei, so daß diese wirklich in der Lage sei, mit einer Hand mehr geben zu müssen, als die andere empfängt.

Allein die ersterwähnte Ausnahme ist ganz ungerechtfertigt, sobald das Realgewerbe ein steuerbares Einkommen abwirft. Ist aber die zweite Bemerkung in Wahrheit gegründet, dann ist sie die kräftigste Einwendung gegen eine Maßregel, welche, abgesehen vom Principe, in der Art der Ausführung zu einem solchen Widerspruche führt.

[52]) „Die Nichtbesitzer der Realgewerbe seien", wurde von dem Referenten bemerkt, „entweder ehemahlige Grund- und Zehentholden oder nicht. Im ersteren Falle „genüge die Bemerkung, daß das Landesdrittel der Grundentlastung 1168000 fl. „ausgemacht habe, in Ansehung dessen die Gewerbsleute auch beitragspflich„tig seien. In Ansehung der übrigen Steuerpflichtigen liege zwar das Ver„langen eines Opfers vor, allein dasselbe werde durch die größere Wohl„feilheit der Waaren und dadurch gemildert, daß sie oder ihre Kinder unent„geltlich freie Gewerbe betreiben können."

Ganz richtig bemerkte hierauf der l. f. Landtagscommissär, daß hierin eine Rechtfertigung der Art, wie der Fond aufzubringen wäre, nicht gelegen sei. In der That kann auch ein gemeinsamer Vortheil Aller nicht als Entgelt eines Opfers aufgefaßt werden, das eben nicht alle zu bringen haben.

Königreiche und Länder in Gewerbssachen erlassenen allgemeinen und Provinzial-Gesetzen und Verordnungen zu beurtheilen.

§. 4. Durch Landesgesetze sind jene Polizei- und Commerzialgewerbe namentlich zu bezeichnen, welche im betreffenden Kronlande am 1. Mai 1860, als dem Tage des Beginnes der Wirksamkeit der G. O. als Reichsgesetz, noch aufrecht bestanden, durch die G. O. jedoch für freie Gewerbe erklärt und dadurch entwerthet wurden, sich sohin zur Vergütung eignen.

§. 5. Die Besitzer solcher Realgewerbe sind durch ein, in der Landeszeitung und im Verordnungsblatte der Landesbehörde einzuschaltendes Edict aufzufordern, ihre Vergütungsansprüche binnen 3 Monaten vom Tage der Kundmachung des Edictes an, bei Verlust des Anspruches, bei der Gewerbsbehörde anzumelden.

§. 6. Die Gewerbsbehörde hat von Amtswegen die Erhebungen hierüber zu pflegen und sodann zu entscheiden, ob und in welchem Betrage das angemeldete Realrecht sich zur Vergütung eigne.

§. 7. Gegen diese dem Anmelder und dem Landesausschusse zu eröffnende Entscheidung steht beiden Theilen binnen 14 Tagen von der Zustellung der Entscheidung die Beschwerde an die politische Oberbehörde zu.

Wird von dieser die Entscheidung der Gewerbsbehörde bestätigt, so hat es hiebei zu bewenden, im Falle der Abänderung steht dem Betheiligten binnen 14 Tagen von der Zustellung der Entscheidung der zweiten Instanz der Recurs an das Ministerium offen.

§. 8. Die ausgemittelten Vergütungscapitale treten an die Stelle der Normalpreise und sind daher unverzinslich.

§. 9. Der Gewerbevergütungsfond wird gebildet:

a. durch eine Gewerbstaxe, welche Jeder, der ein angemeldetes freies oder ein ihm verliehenes concessionirtes Gewerbe antritt, mit der ersten Rate der Erwerbsteuer zu entrichten hat, und
b. aus Zuschlägen zu den directen Steuern, welche von allen Steuerpflichtigen, mit Ausnahme der Besitzer von radicirten und verkäuflichen Gewerben, einzuheben sind.

Die Höhe dieser Landesumlage sowie der Gewerbstaxe in den einzelnen Königreichen und Ländern wird durch Landesgesetze bestimmt.

§. 10. Die eingehenden Vergütungsbeträge sind jährlich zur Zahlung der Vergütungscapitalien an die als dürftigst erkannten Besitzer der entwertheten Realgewerbe zu verwenden.

§. 11. Die Vergütungscapitalien sind von Amtswegen in die Grundbücher und beziehungsweise Gewerbekataster einzutragen.

§. 12. Nach erfolgter Zahlung des Vergütungscapitals ist dasselbe, sowie die Realeigenschaft des betreffenden radicirten oder verkäuflichen Gewerbes von Amtswegen in den öffentlichen Büchern zu löschen.

§. 13. Alle Urkunden, Schriften, Verhandlungen und Eintragungen in die öffentlichen Bücher genießen die Stempel-, Gebühren- und Portobefreiung. Die Regiekosten werden von jedem Lande getragen.

§. 14. Auf Grundlage der voranstehenden grundsätzlichen Bestimmungen sind zur Durchführung der Gewerbevergütung in jenen Kronländern, in welchen sich eine solche nach den Anträgen der Landtage als nothwendig herausstellt, Landesgesetze zu erlassen.

VI.

Die Vertheidiger des Entschädigungsrechtes der Realgewerbe berufen sich also darauf, daß die bezüglichen Rechte seit vielen Jahrzehenden die Anerkennung und den Schutz des Staates genossen haben und die Natur des civilrechtlichen Besitzes an sich tragen. Die Rechte der Eigenthümer, beziehungsweise der Pfandgläubiger, seien eben einer Schädigung preisgegeben, welche, wie sie im Gefolge einer gesetzlichen Anordnung aus öffentlichen Rücksichten eingetreten, auch aus öffentlichen Mitteln wieder gutgemacht werden müsse.

Die vorliegende Frage hängt also von der Beantwortung jener weiteren ab, in wie ferne der Staat zur Vergütung an seine Bürger überhaupt verpflichtet ist, wenn die Gesetzgebung oder im Sinne derselben die verwaltenden Organe Maßnahmen treffen, welche einem dem Vermögen der Staatsbürger abträglichen Einfluß üben.

Die Staatsrechtslehrer [53]) zählen unter die Befugnisse der Staatsgewalt auch das Recht desselben in Nothfällen auf solche außerordentliche Leistungen zu Gunsten des Staatszweckes, welche die Erwerbsquelle (das Stammvermögen) des Einzelnen angreifen. Man verwendet dabei nicht nur einen verhältnißmäßigen Theil der Nutzungen,

---

[53]) Siehe nebst anderen:
C. A. Freiherr von Martini: Das natürliche öffentliche Recht, bearbeitet von Dr. Franz Ritter von Egger, Wien 1840, I. Bd. §§. 184 u. ff.
Dr. C. H. von Groß: Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechtes, 6. Auflage, Stuttgart und Tübingen, 1841, §§. 317 und 395.

sondern alle, ja selbst die Substanz zur Erreichung des Staatszweckes. Erstreckt sich die dießfällige Verfügung auf Alle, so erfüllt jeder eben nur seine Pflicht. Werden dagegen dadurch nur Einzelne oder gar ein Einziger getroffen, so gebührt dem Aufopfernden von Rechtswegen die Entschädigung [54]). Als solche Fälle werden aufgeführt: Die Wegnahme eines Privatgrundstückes, um ein Lager zu schlagen, Festungswerke zu errichten, Salzwerke anzulegen, wo die Salzerzeugung monopolisirt ist, Straßen an- oder umzulegen; Zerstörung des Privateigenthumes, um dasselbe nicht auf gemeinschädliche Weise in die Hände des Feindes gelangen zu lassen; Wegnahme von Transportmitteln der Unterthanen, um Soldaten oder Kriegsbedürfnisse zu befördern; Niederreißung der Privathäuser, welche den Angriff der Feinde bei der Belagerung erleichtern, das Umsichgreifen der Feuersbrunst befördern; die Nothwendigkeit Flüsse gerade zu legen, Dämme zu bauen, Friedhöfe, Telegrafen, Häfen und andere Wasserbehälter anzulegen, Sümpfe auszutrocknen, Straßen-, Canal- und Uferschutzbauten auszuführen u. s. w. Die Aufhebung der Grundlasten, der Laudemialrechte und des Lehenverbandes können insbesondere als solche Fälle aufgeführt werden, welche dem Staatsleben in Oesterreich in jüngster Zeit entsprechen. In all' diesen Fällen haben wir es mit einer auf gesetzlichen Zwang gegründeten Abtretung einer im Eigenthume befindlichen Sache oder Befugniß zu thun, welche mit Entschädigung verbunden ist. Es wird zu Gunsten des Staatszweckes ein Tausch erzwungen, wobei einerseits die fragliche Sache oder Befugniß, unmittelbar in Folge der gesetzlichen Anordnung oder des bezüglichen Verwaltungsactes auf Seite des bisher Berechtigten gegen Entschädigung aufhört, ohne Unterschied, ob die fragliche Sache oder Befugniß rechtlich zu existiren ganz aufhört, oder der bisher Berechtigte in der Person des Staates, einer Gesellschaft, eines Vereines oder anderen Privaten einen Rechtsnachfolger erhält.

Auf solche Fälle beschränken auch die Staatsrechtslehrer die Entschädigungspflicht. Wenn daher die Sache oder die Befugniß nicht geradezu durch die gesetzliche Anordnung oder die Verwaltungsmaßregeln aufgehoben, wenn auch in ihrem Werthe mittelbar wie immer gestaltet wird, kann von einer Entschädigung nicht die Rede sein.

---

[54]) Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten (§. 365 a. b. G. B.).

Wenn man somit daran geht, die Realgewerbe *ganz* zu beseitigen, indem man den bisherigen Besitzern *geradezu die Berechtigung nimmt*, die durch die Erwerbungsarten des bürgerlichen Rechtes in ihr Eigenthum gebrachten Befugnisse weiter zu übertragen, so ist die Gesetzgebung, weil sie unmittelbar das Recht des Befugten aufhebt, zur Entschädigung verpflichtet. Von der Voraussetzung der unmittelbaren Aufhebung gehen auch Mohl, Rau, Mathy, Kudler und Beisler aus [55]), und es wird der unter dieser Bedingung in Anspruch genommenen Entschädigung ein wirksamer Einwand nicht entgegengesetzt werden können, daher wir auch die von Lotz [56]) bevorwortete unmittelbare und, wie es scheint, unentgeltliche Aufhebung nicht billigen können. Unter derselben Voraussetzung haben in der That in anderen Staaten nahmhafte Entschädigungen der Realgewerbe stattgefunden [57]). Auch das mehrmals erwähnte Patent vom 18. Okt. 1786 [58]) beruht auf derselben Grundlage.

Ganz verschieden von dieser ist jedoch jene der neueren Gewerbsgesetzgebung in Ansehung der Realgewerbe. Da diese bisher aufrecht erhalten wurden, so *fehlt es an der nothwendigen Entschädigungsbedingung — dem unmittelbaren Eingriffe in das Privateigenthum*.

Ueberhaupt bleiben die Vertheidiger des Entschädigungsanspruches auf halbem Wege stehen. So ferne eine Entschädigung gebührt, als durch das in Folge der Handels- und Gewerbefreiheit gesteigerte Mitwerben selbstständiger Gewerbsunternehmungen das Angebot gesteigert und mit demselben der Preis realer Gewerbe durch die Gesetzgebung mittelbar gemindert werden sollte, müßte eine derlei Entschädigung eben so gegeben werden, wenn wie oben [59]) bemerkt, *aus anderen Gründen* z. B. durch Herabminderung der Zölle *das Angebot vermehrt würde*. Das Begehren nach Entschädigung wäre aber auch in Folge *verminderter Nachfrage*, wenn diese dem Gesetze oder den Acten der verwaltenden Organe mittelbar zuzuschrei-

---

[55]) Siehe oben die Anmerkungen 17 bis 21.
[56]) Siehe oben die Anmerkung 24.
[57]) In Breslau wurden im Jahre 1810 Realrechte mit dem Betrage von 1165320 eingelöst. In Preußen findet überhaupt in Folge des Edictes vom 7. Sept. 1811 die Einlösung statt, und sollte nach der Declaration vom 11. Juli 1822 in 30 Jahren vollendet sein. In Würtemberg wird nach dem Gesetze vom 8. Juni 1849 jedoch nur bei *ausschließlichen* Realrechten die Hälfte des Ersatzes von der Staatscasse, die andere Hälfte von der Gemeinde geleistet.
[58]) Siehe oben die Anmerkungen 2, 6 und 27.
[59]) Siehe oben II. 2, lit. d.

ben wäre, gerechtfertigt, ja endlich würde dieses Entschädigungsrecht nicht allein auf die Minderung des Unternehmungsgewinnes eingeschränkt bleiben können, es wäre dasselbe auch auf die Rente aus dem Grund- und Gebäudebesitze auszudehnen, da wie oben gezeigt [60]), die Gesetzgebung oder im Sinne derselben die Verwaltungsorgane Verfügungen treffen können, welche mittelbar auch eine Minderung des Einkommens aus Grund und Boden oder Gebäuden zur Folge haben und alle Gründe, welche für die Entschädigung der Realgewerbe vorgebracht worden sind (wie der entgeltliche Erwerbstitel, das Vertrauen in den Rechtsschutz der Eigenthümer und Pfandgläubiger u. s. w. [61]) auch rücksichtlich dieser beiden ihre Anwendung hätten.

Ist dieses der Fall, dann ist das Entschädigungsbegehren der Realgewerbe entweder unangreifbar oder unrettbar. Unangreifbar nach der Meinung derjenigen, welche keinen gesetzgeberischen oder — im Sinne der Gesetzgebung — von den Verwaltungsorganen zu vollziehenden Act zulassen, wenn derselbe auch nur mittelbar gegen bestehende Privatinteressen gerichtet ist, ohne daß diese in dem geminderten Maße entschädiget würden. Unrettbar jedoch, wenn bedacht wird, daß das Staatsleben bei der ersteren Ansicht zu dem peinlichsten Stillstande verurtheilt oder jeder Fortschritt mit finanziellen Opfern erkauft werden müßte, wobei es mindestens zweifelhaft bliebe, ob die letzteren oder die veraltete Gesetzgebung, beziehungsweise jener Zustand, dem eben durch die Gesetzgebung oder die Maßnahmen der Verwaltungsorgane ein Ende gemacht wird, das größere Uebel seien [62]).

Allerdings wäre das Entschädigungsrecht vorhanden, wenn der Staat durch die gesetzgeberische Verfügung zwar nicht unmittelbar das Interesse der Privaten berühren, wohl aber mittelbar auf die Minderung desselben Einfluß nehmen würde, jedoch auf dieses sein Gesetzgebungsrecht ausdrücklich verzichtet hätte. In diesem Falle ist die Entschädigungspflicht des Staates, der sich eines Rechtes bediente, dem er ausdrücklich entsagte, außer Zweifel. Würde z. B. eine ausschließliche Bewilligung zur Erbauung und zum Betriebe einer Eisenbahn zwischen zwei Orten gegeben, dann sind die Concessionäre zu entschädigen, wenn man eine Parallelbahn auszuführen

---

[60]) Oben II.
[61]) Siehe oben die Anmerkungen 25, 27 bis 30 und 40 bis 43.
[62]) Siehe oben Anmerkung 21.

gestattet. Aus gleichem Grunde wird man einer Entschädigung der Propinationsberechtigten nicht ausweichen können, wenn diese nur im Stande sind zu beweisen, daß unter dem Propinationsrechte das für einen bestimmten Bezirk ausschließende Recht sei, geistige Getränke zu erzeugen, beziehungsweise auszuschänken.

Die Realgewerbe befinden sich jedoch durchaus nicht in dem Verhältnisse einer solchen ausschließenden Berechtigung [63]). Vielmehr hat die Gesetzgebung, wie oben bemerkt [64]), ausdrücklich erklärt, daß sie sich durch den Bestand der Realgewerbe in der Verleihung persönlicher Gewerbsrechte nicht für gebunden erachtet. Aber auch dann, wenn es an einer solchen Erklärung fehlte, könnte das Resultat doch ein anderes nicht sein, falls nicht das eine oder das andere Realgewerbe nachweisbar als ausschließendes verliehen worden wäre. Oder meint man in der That, daß Concessionirungen zum Bergbaue, Verkäufe von durch Beseitigung der Festungswerke u. dgl. gewonnenen Grundstücken ohne Rücksicht auf diejenigen, welche bereits ähnliche concurrirende Unternehmungen oder Grundstücke haben, vor sich gehen dürfen, und die hergebrachte Beschränkung eben nur in dem Bereiche der auf den Gewerbsbetrieb berechneten Unternehmungen aufrecht erhalten werden müsse?

Nach dem Ausgeführten vermögen wir daher das Entschädigungsbegehren der Realgewerbe nicht als im Rechte begründet zu erachten. Im Interesse der Steuerpflichtigen oder überhaupt derjenigen, welche die Mittel der Entschädigung beischaffen sollten, gibt es aber auch einen anderen Entschädigungsgrund nicht.

Man wird uns die Billigkeit als solchen anführen, wie sie denn auch von mehreren Stimmen in den obenangeführten Verhandlungen der Handelskammern und der Landtage betont wurde. [65])

Da man dem Gesetzgeber nicht zumuthen wird, nach den Eingebungen des Augenblickes, sondern nur nach Gründen zu handeln, und die Folgerichtigkeit die erste Bedingung eines Systemes ist, als welches

---

[63]) Die Hinweisung auf das sächsische Gesetz vom 15. Oktober 1861, welches im §. 43 den Inhabern der Verbiethungsrechte d. i. der Berechtigung, Andere vom Betriebe eines bestimmten Gewerbes, von der Anfertigung gewisser Gegenstände in einem gewissen Orte oder Bezirke auszuschließen, eine Entschädigung zuerkennt, ist daher für das Entschädigungsrecht der Realgewerbe in Oesterreich nicht zutreffend, da letzteren ein solches Verbiethungsrecht nie zustand.

[64]) Siehe oben Anmerkung 3.

[65]) Siehe oben Anmerkungen 40, 42 und 46.

ja wohl die Gesetzgebung eines Staates wird gelten wollen, so wäre hiemit allein der Billigkeitstitel beseitigt, weil mit demselben auch für andere Fälle ein Präcedenz geschaffen würde, in dessen Folge die Erstarrung des Staates eintreten müßte. Die Opfer des letzteren wären in der That die gleichen, mögen sie aus dem vermeintlichen Rechtstitel oder überall dort gebracht werden, wo die gleiche Billigkeit für sie streitet.

Es wäre übrigens ein großer Irrthum anzunehmen, daß mit dem Bemerkten die Summe aller Folgerungen gezogen sei, welche sich aus dem behaupteten Billigkeitsgrunde ergeben.

Wer unter der Herrschaft des Concessionssystemes eine persönliche Berechtigung erwarb, gelangte hiezu nicht ohne einigen Kraft- und Sachaufwand, der bei Realgewerben nicht vorkömmt. [66]) Dieser Aufwand ist ein Capital, dessen Ersatz nicht durch den Verkauf der Gerechtsame, sondern nur durch ein die Zinsen desselben angemessen überschreitendes Erträgniß der Betriebsjahre hereingebracht werden kann. Dieses Capital ist also auf Annuitäten angelegt. Rechtlich kann der persönlich Berechtigte den Ersatz eben so gut anstreben, wie der Realberechtigte von der Voraussetzung ausgeht, in dem Verkaufe seines Gewerbes den Ersatz seines Ankaufscapitales zu erhalten. Dabei ist nur noch die Lage des persönlich Berechtigten eine ungewissere, folglich, wenn von Billigkeitsgründen ausgegangen werden wollte, mehr zu berücksichtigende, da der Bezug der Annuitäten mit seinem Tode, also möglicher

---

[66]) Es ist allerdings richtig, daß in Oesterreich auch derjenige, welcher ein Realgewerbe nicht nur besitzen, sondern auch ausüben wollte, bisher mit jenen Eigenschaften ausgerüstet sein mußte, welche der persönlich zu Berechtigende nachzuweisen hat (siehe oben Anmerkung 3). Allein dies benimmt der obigen Behauptung nichts von ihrer Richtigkeit. Im Erwerbe des Unternehmers liegen zwei Dinge, der Lohn für die künstliche Arbeit und das Entgeld für die bestandene Gefahr. Der Unternehmer ist künstlicher Arbeiter und Gefahrsträger. Der Realberechtigte kann also der letztere werden, ohne die Fähigkeit des Ersteren nachzuweisen. Der persönlich berechtigte Gewerbsmann mußte aber seine Fähigkeit als künstlicher Arbeiter nachgewiesen haben, bevor er Gefahrsträger werden konnte.

Läßt sich nun annehmen, daß die Prüfung der persönlichen Eigenschaften des Besitzers eines Realgewerbes oder seines Pächters oder Bevollmächtigten, wenn jener selbst oder durch diesen das Realgewerbe ausüben wollte, eine minder strenge als dort war, wo es sich um die Verleihung einer persönlichen Gerechtsame handelte; so ist der Unterschied des Aufwandes, welchen der persönlich zu Berechtigende im Vergleiche zu dem Besitzer eines Realgewerbes, abgesehen natürlich von dem Ankaufspreise des letzteren, machen mußte, desto größer.

Weise zu einem Zeitpuncte aufhören kann, in dem kaum der kleinste Theil des Ersatzes hereingebracht ist.

Allerdings wird, je leichter es ist, selbständige Gewerbe zu gründen, desto mehr der Marktpreis der Realgewerbe sinken, aber zweifellos wird es für den persönlich Berechtigten auch um so schwieriger werden, sein jährliches Erträgniß auf eine solche Ziffer zu bringen, welche den oben angedeuteten Ersatz in sich schließt. Wie könnte man also die Entschädigung der Ersteren ohne die der Zweiten vertheidigen?

Damit dürfte also genügend erwiesen sein, wie ableitend die Bahn ist, welche man mit der Entschädigung der Realgewerbe betreten hat. Advocaten, Notare, Aerzte, Sensale, kurz jeder, der eine von der Existenz seiner Person abhängige Gewerbsgerechtsame angetreten hat, könnte gleich den Realberechtigten bei jeder erweiterten Concurrenz des Angebotes Entschädigungsansprüche stellen, falls diese Concurrenz durch gesetzliche Einrichtungen geschützt ist, die zur Zeit der Betriebsergreifung entweder noch gar nicht bestanden oder zwar schon damals bestanden, jedoch von Seite der Verwaltungsorgane anders aufgefaßt wurden.

Als Gegner der Entschädigungsgesuche der Realgewerbe halten wir es jedoch im Rechte gegründet, die bisherigen Verfügungen über den Normalpreis aufzuheben. Läßt sich annehmen, daß die Gesetzgebung durch den letzteren eben nur einen möglichst geringen Preis fixiren wollte, um welchen sie die dereinstige Einlösung der Gewerbe sicherzustellen sich bemühte, so fällt der für eine Preissatzung aus dem öffentlichen Rechte hergeholte Grund hinweg, sobald die Absicht des allmäligen Einkaufes der Realgewerbe definitiv aufgegeben wird. Die Beibehaltung des Normalpreises unter dieser Voraussetzung würde in der That einen - - nicht weiter gegründeten — unmittelbaren Eingriff in das Privatrecht constatiren, und schon längst Entschädigungsansprüche wachgerufen haben, wenn es nicht so leicht wäre, die gesetzlichen Anordnungen über den Normalpreis zu umgehen. [67])

Zum Schluße

fassen wir das Ergebniß der gegenwärtigen Abhandlung in Folgendem zusammen:

---

[67]) Siehe oben Anmerkung 14.

Die Gesetze sind gleich geeignet, den Preis der Realgewerbe mittelbar zu erhöhen wie zu erniedrigen.

Diesem Einflusse sind auch andere Einkommensquellen unterworfen.

Der Beweis dieser Erhöhung oder Erniedrigung ist im einzelnen Falle mit einiger Verläßlichkeit kaum herzustellen.

Die Gewerbeordnung vom 20. December 1859 ist geeignet, den Preis der Realgewerbe mittelbar zu mindern.

Es gibt keine Rechtsgründe, aus welchen diese Preisminderung zur Entschädigung aus öffentlichen Mitteln geeignet wäre.

Diese Preisminderung eignet sich aber auch nicht zur Entschädigung aus Gründen der Billigkeit, weil dieselben einer Consequenz unterliegen, welche zu unerschwinglichen finanziellen Opfern oder zum Stillstande der staatlichen Entwicklung führt.

Nach Abweisung der Entschädigungsansprüche der Realgewerbe sind die gesetzlichen Anordnungen über die Festsetzung eines bestimmten Verkaufs- (Normal-) Preises der Realgewerbe aufzuheben.

Uebersicht.

	Seite
I. Einleitendes	39
II. Preisschwankung der Realgewerbe	44
III. Ansichten der Volkswirthschaftslehrer über die Entschädigung der Realgewerbe.	54
IV. Gutachten der österreichischen Handels- und Gewerbekammern	59
V. Die einschlägigen Verhandlungen der Landtage von Kärnthen, Oberösterreich und Salzburg	66
VI. Die Ansicht	73
Schluß.	79

IV.

Ueber die Rechtswirkungen des Besitzes.

Vom Herrn Dr. Anton Randa, k. k. a. o. Professor der Rechte in Prag.

Das Gesetz verbindet mit der Thatsache des Besitzes gewisse rechtliche Folgen — die s. g. Rechte des Besitzes. Den Inbegriff derselben nennt der juridische Sprachgebrauch: Das Recht des Besitzes — jus possessionis [1]). Um dieser rechtlichen Folgen willen allein ist der Besitz Glied des Rechtes geworden, und hat als integrirender Bestandtheil desselben Platz und Stelle im Rechtssysteme erlangt [2]). Die Rechtswirkungen des Besitzes, deren die ältere gemeine Literatur und die österreichischen Commentare viele anführen [3]), lassen sich auf folgende zurückführen:

---

[1]) Vgl. Savigny: Recht des Besitzes, §. 3—5. Puchta, System, §. 132. Arndts System, §. 135. Pachmann, Verjährung, §. 27. Winiwarter, Kommentar, II. S. 69. Nippel II. Kommentar, S. 80. Stubenrauch, Kommentar, I. S. 649. Unger, System, I. S. 508. Jus possessionis wird auch in andern Sinn genommen, nämlich als Inbegriff der rechtlichen Normen über den Besitz, vgl. Brinz, I. §. 27, 29.

[2]) Savigny, a. a. O., §§. 3, 9. (Anderer Ansicht ist Brinz, §. 29).

[3]) Als mit dem Besitze verbundene Vortheile (beatitudines, commoda, jura possessionis „Rechte des Besitzes") wurden von vielen älteren Rechtslehrern des gemeinen Rechtes bald eine größere bald eine geringere Zahl, als die im Texte im Verlaufe dieser Abhandlung angeführten Rechtsfolgen dargestellt. Man brachte die Zahl dieser beatitudines bis auf 72! (Vgl. dag. Savigny §. 3). Auch die österreichischen Schriftsteller führen viele der im Texte angeführten allgemeinen Rechtskonsequenzen als mit dem Besitze verbundene Vortheile (als Rechte des Besitzes) an. So selbst Pachmann a. a. O.

1. Der Besitz genießt gerichtlichen Schutz (Interdictenschutz). Da der Besitz ein bloßes Faktum ist, hiemit der allgemeine Rechtsschutz auf denselben nicht anwendbar ist, so kann ein rechtlicher Schutz desselben gegen Störung und Entsetzung nur dort und insofern statthaben, wo und inwiefern ihn das Gesetz ausdrücklich normirt. Einen solchen Schutz gewährt das A. B. G. B. dem Besitze in den §§. 339, 345 bis 348 jedoch nur gegen gewisse Arten der Verletzung. Indem hier bloß das thatsächliche Verhältniß der Person zur Sache geschützt wird, es daher auf das Dasein eines Rechtes gar nicht ankommt, erscheint dieser Schutz als eine reine Folge des Besitzes [4]).

Der Grund des Besitzschutzes liegt in dem Prinzipe, von dem jedes Privatrecht ausgehen muß, daß der Wille des Rechtssubjektes auch dann, wenn er bloß als faktischer sich geltend macht, geachtet und daher gegen Eigenmächtigkeit geschützt werden muß [5]).

2. Der Besitzer eines Rechtes kann nicht mit der Aufforderungsklage zur Darthuung dieses Rechtes provocirt werden (§. 324 a. b. G. B. [6]).

---

§. 27, Nr. 3, der bei dieser Gelegenheit die dunkle Bemerkung macht: „Uebrigens sind die Vortheile, die dem Besitzer zustehen, von so heterogener Natur, daß es unter allen Wissenschaften wohl nur die Juristik (?) ist, die ein so verschiedenartiges Vieles mit einem Namen bezeichnet". So nebst Zeiller II. S. 86, Winiwarter II. §. 38, S. 69, der die Besitzrechte unterscheidet 1. in allgemeine, welche schlechterdings jedem Besitzer zustehen und 2. besondere, welche nur den Besitzern gewisser Art zukommen z. B. den redlichen. Zu den ersteren rechnet er 1. der Besitzer kann zur Angabe des Titels nicht aufgefordert werden, 2. im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug (§. 324), 3. Niemand darf den Besitz eigenmächtig stören (§. 339), 4. er kann sich eigenmächtig im Besitze schützen (§. 344). Ihm folgt Rippel, III. S. 88, ff. 93, 132, Ellinger, S. 133 und Stubenrauch, I. §. 339, S. 677, 1.

[4]) Daher kommt es auch bei diesem Schutze auf die Qualität des Besitzes durchaus nicht an. Vgl. m. Aufsatz in der Gerichtszeitung 186.

[5]) Buchta, §. 122, Bruns, das Recht des Besitzes, §. 58; in mancher Beziehung anderer Ansicht ist, Savigny, §. 2 am Ende und Arndts §. 171.

[6]) Daß der Sachenbesitzer nicht mit der Aufforderungsklage belangt werden kann, hat darin seinen juristischen Grund, daß derjenige, der die Rei Vind. anstellt, beweisen muß, daß der Geklagte die Sache in seiner Macht habe (§. 369 a. b. G. B.). Da nun eben nur der Nichtbesitzer die Vindications-Klage anstellen kann, und nur in das rechtlich Mögliche eine Verurtheilung statthaft ist, so kann auch nur dieser zur Erhebung derselben verurtheilt werden. Daraus folgt, daß der Besitzer der Sache zur Erhebung der Rei Vindicatio niemals provozirt werden könne. — Daß der sogenannte Tabularbesitzer nicht zur Erhebung der Eigenthumsklage aufgefordert werden darf, hat ebenfalls einen andern juristischen Grund, als die angebliche Vermuthung des §. 324 a. b. G. B. Dieser liegt in den begrifflichen Mangel einer Diffamation auf Seite des Berühmers, wenn das berühmte Recht in

Dagegen sind keine Rechtsfolgen des Besitzes, obwohl sie häufig als solche aufgefaßt werden.

1. Das sogenannte Recht des Besitzers, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, um sich im Besitze zu erhalten (§. 344 a. b. G. B.[7]). Dieses angebliche Recht ist kein civilrechtlicher Schutz desselben. Es normirt nämlich der §. 344 im Grunde nur die Strafloſigkeit des Besitzers in dem Falle, wenn dieser die Gewalt bloß zur Erhaltung seines Besitzes gebraucht, hiemit dieselbe als Nothwehr ausübt. Allein dazu bedurfte der Besitzer nicht erst der Bestimmung des Civilrechtes. Denn das Strafrecht erklärt im §. 2 lit. g die Nothwehr als straflos[8]). Dieser Bestimmung zu Folge kann sogar jeder Inhaber einer Sache (nicht bloß der Besitzer) innerhalb der Schranken der Nothwehr Gewalt zur Erhaltung seiner faktischen Macht über die Sache anwenden, ohne darum dem Strafgesetze zu verfallen. Werden aber die Grenzen der Nothwehr überschritten, so unterliegt der Besitzer der hierauf gesetzten Ahndung des Strafgesetzes (§. 2 g und §§. 335 und 431); die Bestimmung des §. 339 a. b. G. B. ist daher nur ein Ausfluß der Bestimmung des Strafrechtes über die Nothwehr und gehört folglich gar nicht in das Civilrecht[9]).

---

den öffentlichen Büchern für ihn vorgeschrieben ist. Anders beim Besitzer eines Rechtes; daß dieser mit der Aufforderungsklage belangt werden kann, hat lediglich in der Bestimmung der §§. 324 und 325 seinen Grund.

[7]) So Zeiler, II. S. 85, Nippel, III. S. 131, Winiwarter, II. S. 69, Stubenrauch, I. S. 677; freilich gestehen Winiwarter, §. 45, S. 77 und Stubenrauch, S. 679 am Ende selbst zu, daß dieß wohl auch ein Recht des bloßen Inhabers sei, ersterer aus dem sonderbaren Grunde: weil die Innehabung ein Befugniß (?) ist, welcher der allgemeine Schutz der Rechte nicht versagt werden kann (S. 79).

[8]) Selbsthilfe ist das eigenmächtige Eingreifen in die fremde Rechtssphäre zur Durchsetzung eines vermeintlichen Rechtsanspruches. Die Selbstvertheidigung ist in der Regel erlaubt, die Selbsthilfe verboten (§. 19 a. b. G. B.).

[9]) Vgl. Savigny, §. 3—5, Unger, II. §. 111, S. 338 und 344, Nr. 20. Der §. 344 des Gesetzbuches anerkennt das Selbstvertheidigungsrecht (Schutz der eigenen Rechtssphäre). Daß dieses Recht im alten böhmischen Rechte unter den Rechtsverständigen bestritten war, darüber vgl. C. Bschrd Ausg. von Hanka, S. 137—140. Gegen die Behauptung, daß die Bestimmung des §. 344 a. b. G. B. eine bloße Consequenz der strafgesetzlichen Norm über die Strafloſigkeit der Nothwehr ist, könnte mit einigem Scheine eingewendet werden, daß nach §. 2 lit. g. Str. G. „gerechte Nothwehr nur dann anzunehmen ist, wenn sich aus den Umständen mit Grund schließen läßt, daß sich der Thäter nur der nöthigen Vertheidigung bedient habe, um einen rechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen von sich oder anderen abzuwehren, daß folglich, da der Besitz vorausgesetzter Maßen bloß ein thatsächliches Verhältniß (kein Recht) ist, auch der Angriff desselben nicht als ein rechtswidriger erscheinen, der §. 2 lit. g. also auf die Vertheidigung des bloßen Besitzes keine Anwendung habe; hiermit auch die Bestimmung des §. 344 kein Ausfluß des Rechtes der Nothwehr sei, sondern ein

2. Die rechtliche Vermuthung des giltigen Titels (§. 323 a. b. G. B.).

Der §. 323 a. b. G. B. lautet zwar wörtlich: „Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines „giltigen Titels für sich" und stellt also scheinbar geradezu eine gesetzliche Vermuthung für das Dasein des rechtlichen Erwerbsgrundes auf [10]). Allein daß die Aufstellung einer solchen Vermuthung nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein konnte, geht schon daraus hervor, daß unter Voraussetzung einer derartigen Präsumtion die einfachsten in allen einzelnen Fällen richtig zur Geltung gebrachten Grundsätze über die Beweiseslast über den Haufen geworfen und die Gränzen des petitorischen und possessorischen Prozesses verrückt würden. Denn aus dieser Präsumtion würde folgen, daß der Kläger, wenn er im Besitze der Sache ist, auch im petitorischen Prozeße den sonst erforderlichen Beweis des Erwerbsgrundes (Titels) eines Rechtes nicht zu liefern habe, daher, wenn es sich um dingliche Rechte auf die Sache handelt, nicht Titel und Erwerbungsart, sondern lediglich die letztere (modus acquirendi) zu beweisen habe, also z. B. bei der actio confessoria (§. 523 a. b. G. B.) bloß Tradition bei beweglichen, Eintragung in die Bücher bei unbeweglichen Sachen (§. 481 a. b. G. B.), nicht aber auch die Begründung der Servitut durch Vertrag, letztwillige Anord-

---

wirkliches Recht des Besitzers normire. Allein abgesehen davon, daß das Gesetz den Besitz ein Recht nennt (§. 308), was zwar wissenschaftlich nicht richtig, aber für die Interpretation des Ausdruckes „rechtswidrig" im Sinne des Gesetzes gewiß entscheidend ist, so ist der Begriff der Rechtswidrigkeit des §. 2. lit. g. cit. nicht etwa bloß auf die Verletzung eines Privatrechtes zu beschränken, sondern ist vielmehr derselbe auf das Strafrecht zu beziehen, in der Art, daß die nöthige Vertheidigung gegen jeden Strafrechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen als Nothwehr erscheint. Strafbar ist aber die Anwendung jedweder Gewalt, um den Besitzer oder Inhaber die besessene Sache zu entziehen (§. 171 f., 190 f. Str. G. B.). Endlich ist von einem rechtswidrigen Angriff auf Vermögen die Rede, und dazu gehört der Besitz auch dann, wenn er auch nicht als Recht aufgefaßt wird.

[10]) Die österr. Commentatoren erblicken in dem cit. §. eine wahre Vermuthung und folgern dieselbe aus dem angeborenen Rechte auf Unbescholtenheit. Vgl. Zeiler II. S. 59, Kremer, Versuch über Vermuthungen §. 48, Nippel, III. S. 89, Winiwarter II. S. 69, 70, Stubenrauch I. S. 649. Nippel will den philosophischen (?) Grund dieser Präsumtion darin finden, daß aus der Thatsache der äußeren Erscheinung auf die Existenz des Rechtes zurückgeschlossen werden müsse, bis das Gegentheil dargethan ist. — Wie ganz vergriffen diese Motivirung ist, geht aus der einfachen Erwägung hervor, daß der Besitz ohne Rücksicht auf ein etwa gleichzeitig vorhandenes Recht, sondern bloß um seiner selbstwillen selbst gegen den zum Besitze Berechtigten geschützt wird.

nung u. d. (§. 480 a. b. G. B.). Es würde aus jener Präsumtion weiter folgen, daß der im Besitze befindliche Kläger dort, wo zum Erwerbe des Rechtes der sogenannte Titel allein hinreicht, wie bei obligatorischen Rechten z. B. bei Reallasten, sich bloß auf seinen Besitz zu berufen brauchte, da ja das Vorhandensein des Titels nach §. 323 ohnedieß vermuthet werde [11]). Schon diese Consequenz läßt auf die Unrichtigkeit der ihr zu Grunde liegenden Hypothese zurückschließen.

Die völlige Haltlosigkeit einer solchen Annahme ergibt sich aus positiven Bestimmungen des Gesetzbuches selbst. So verordnet der §. 372 und 373 desselben, daß derjenige, der die actio Publiciana anstellt, nebst dem Besitze auch den giltigen Titel und die echte Art, wie er zum Besitze gelangt ist, zu beweisen habe [11 b]); nach §. 1460 in Verbindung mit §. 1477 des G. B. muß derjenige, der sich auf die Ersitzung beruft, nebst dem Besitze auch den Erwerbstitel und den Ablauf der Zeit erweisen. Wozu würde das Gesetz erst den Beweis des Titels fordern, wenn schon mit dem Besitze allein die Vermuthung desselben verknüpft wäre [12])?

---

[11]) Z. B. wer das Recht auf eine Realleistung z. B. den Zehnten einklagte, hätte hiernach bloß die einmalige faktische Ausübung desselben zu beweisen, Er ist ja im Besitze, hat als Besitzer die Vermuthung des Titels für sich!

[11 b]) Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß ja der Kläger vorausgesetzter Maßen den Besitz eben nicht hat, da er ihn mit der actio publ. erst wieder erlangen will. Denn da an den Besitz überhaupt, also auch an den vergangenen die Vermuthung des Titels geknüpft ist, und es bei der Actio Publiciana eben nur auf den Beweis des früher vorhanden gewesenen Besitzes ankommt, so ist mit dem Beweise des Besitzes in einem früheren Zeitpunkte auch die Vermuthung eines vorhanden gewesenen giltigen Titels hergestellt. Hiernach wäre die Bestimmung des §. 372, daß nebst dem Besitze der giltige Titel zu beweisen sei, offenbar überflüssig.

[12]) Vgl. auch Unger, II. S. 591, Nr. 38, Berger, S. 91. Die angebliche Vermuthung des §. 323 ist den Ausfluß der älteren Doktrin, welche die Beweiseslast in ganz verkehrter Weise durch Vermuthungen zu regeln versuchte, und in unbegreiflicher Selbsttäuschung nicht, wie sie meinte, aus den Vermuthungen die Beweislast, sondern gerade umgekehrt, aus der im Wesen richtig erkannten Regel über die Vertheilung der Beweiseslast ihre Scheinvermuthungen ableitete. Vgl. hierüber statt allen die gelungenen Ausführungen Unger's II. S. 577—601 und von älteren: Weber's epochemachende Schrift: Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 63—65 und Pratobevera, Materialien II. S. 54 ff. — Daß auf den vom Gesetze gebrauchten Ausdruck „Vermuthung" kein großes Gewicht darauf zu legen ist, darauf weiset schon der vage Sprachgebrauch des Gesetzbuches hin, indem sich dasselbe dieses Wortes sehr häufig im nicht technischen Sinne bedient, wie der aufmerksamen Prüfung der angeblichen Präsumtionen der §§. 17, 25, 99, 360, 479, 607, 608, 620, 675, 676, 1029, 1030, 1084, 1158, 1295, 1297 u. a. des G. B., welche bald eine Dispositivbestimmung, bald bloße

Unter Festhaltung des so gewonnenen Resultates, daß der §. 323 des G. B. keine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes enthalte, läßt sich auch leicht die so bestrittene Frage über die Beweislast bei der actio negatoria (§. 523 a. b. G. B.) lösen. Drei Ansichten bestehen hierüber. Die eine geht dahin, daß der Kläger immer die Freiheit des Eigenthums, das Nichtvorhandensein des beschränkenden Rechtes (insbesondere einer Servitut) auf Seite des Geklagten beweisen müsse; die andere behauptet gerade entgegengesetzt, der Geklagte habe immer das Vorhandensein desselben zu beweisen; eine dritte vermittelnde Meinung unterscheidet, ob der Geklagte im Besitze des Rechtes sei oder nicht; sei er im Besitze, so habe er als Besitzer die Vermuthung des Rechtes für sich (§. 323 a. b. G. B.), und habe daher der Kläger das Nichtvorhandensein desselben zu beweisen, sei aber dies nicht der Fall, so sei die zweite Meinung die richtige. Die erste Ansicht, die sich bloß auf das Wort „Anmaßung" im §. 523 stützt, ist schon oft widerlegt. Die Haltlosigkeit der Unterscheidung und Begründung der dritten kann nach dem Vorgesagten keinem Zweifel unterliegen. So erübrigt denn nur die zweitgenannte Ansicht, daß der Kläger immer nur sein Eigenthum, nie dessen Freiheit zu beweisen habe, die sich aus der juristischen Natur der actio negatoria mit Nothwendigkeit ergibt, und sich in der neueren Zeit auch in der Gerichtspraxis immer mehr Bahn bricht.

Was das Gesetzbuch im §. 323 normirt haben wollte ist im Grunde nur die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer. Dies geht klar hervor aus dem zweiten Absatze des §. 323 „er (der Besitzer) darf also zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden" und noch mehr aus dem nachfolgenden §. 324: „Diese Aufforderung findet auch dann noch nicht Statt, wenn Jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit anderen rechtlichen Vermuthungen z. B. mit der Freiheit des Eigenthums sich nicht vereinbaren lasse". Das Hauptgewicht liegt also in der Norm über die Unstatthaftigkeit der Provokation, und der erste Absatz des §. 323 enthält in dem Gewande der Vermuthung bloß die Motivirung dieser gesetzlichen Vorschrift[13]).

Auslegungsregeln, bald bloße Motivirungen des Gesetzes in der Form einer Vermuthung enthalten.

[13]) Winiwarter II. S. 70 behauptet, die besagte Norm des §. 323 beruhe darauf, „weil man überhaupt nicht schuldig sei, einem Anderen, der nicht hinzu ein besonderes Recht erlangt, über seine Rechtsverhältnisse Auskunft zu geben".

Ist es nun auch gewiß, daß dieser §. eine gesetzliche Vermuthung eines giltigen Titels nicht enthält und daß daher die Begründung der Norm über die Unzuläßigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer aus dieser angeblichen Vermuthung eine unhaltbare sei, so darf doch aus dieser irrigen Motivirung kein Zweifel an der Allgemeingiltigkeit der darauf gestützten Norm, daß gegen den Besitzer die Aufforderungsklage niemals Statt hat, hergeholt werden. Aus dem Nachfolgenden wird sich übrigens ergeben, daß diese Norm des §. 323 wenigstens so weit sie den Sachenbesitzer betrifft, überflüssig war. Hiezu ist es nöthig das Wesen des Aufforderungsprozesses im Kurzen zu berühren. Unsere Civil-Prozeß-Ordnungen (§. 66 der allg. und galiz., und §. 598 der siebenb.-ungar. C. P. O.) enthalten die Bestimmung: „daß, wenn „sich Jemand gerühmt habe, daß ihm wider einen Dritten ein Recht „gebühre, diesem freistehe, ihn gerichtlich zu belangen und zu bitten, „daß ersterem, sein Recht auszuführen aufgetragen, in Ermangelung dessen „aber das ewige Stillschweigen aufgetragen werde".

Hieraus folgt nun, daß nur derjenige mit der Aufforderungsklage Jemanden belangen könne, gegen den sich dieser eines Rechtes gerühmt hat, gegen den daher der Berühmende die Klage auf das berühmte Recht anstellen könnte; daß also nur derjenige die Aufforderungsklage anstellen kann, der mit der aufgeforderten Klage belangt werden könnte [14]).

Es versteht sich hiebei nach den allgemeinen Beweisregeln (§. 104 a. G. O.) von selbst, daß der Provokant in der Klage die gedachten rechtlichen Voraussetzungen der Aufforderung (nämlich die Möglichkeit

---

Das Unpassende dieses Grundes liegt auf der Hand, und beruht diese Motivirung auf einer gänzlichen Verkennung des Wesens des Aufforderungsprozesses. Vgl. dagegen schon Nippel, III. S. 89 und 94, den ein gesunder praktischer Sinn vor irrigen Schlußfolgerungen aus der (von ihm übrigens theoretisch anerkannten) angeblichen Vermuthung des §. 323 fernhilt.

[14]) Vgl. Franke, Civ. Archiv XVIII. S. 227, Martin, Lehrbuch des Prozeß. §. 225. Nur der künftig rechte Beklagte kann provociren. Schuster Comment. zur sieb. ung. C. P. O. S. 922, 6. Anm. Denn da der mit der Provokationsklage Belangte zur Anstellung einer Klage gegen den Provokanten verurtheilt werden soll, eine Verurtheilung zu einem Thun aber die rechtliche Möglichkeit dieses Thun zur Voraussetzung hat, so muß der Aufgeforderte auch die aufgeforderte Klage gegen den Aufforderer rechtlich anstellen können. Ist diese rechtliche Möglichkeit für ihn nicht vorhanden, so kann er vom Provokanten mit der Aufforderungsklage überhaupt nicht belangt werden. Daher: Nur der im aufgeforderten Prozeße rechte Kläger kann provocirt werden und nur der in eben diesem (aufgeforderten) Prozeße rechte Geklagte kann provociren.

mit der aufgeforderten Klage belangt werden zu können) beweisen müsse [15]).

Wenden wir nun diese Grundsätze auf die einzelnen Fälle an, so ergibt sich:

1. Daß zur Anstellung der Eigenthumsklage nur derjenige provoziren kann, der die Sache inne hat, indem nur der Inhaber einer Sache mit der Eigenthumsklage belangt werden kann (§§. 396 und 375 d. G. B.), daß also (a contrario) der Inhaber einer Sache niemals zur Erhebung der Eigenthumsklage aufgefordert werden kann, weil eben die Inhabung der Sache zum Fundament der Provokationsklage, zur Erhebung der Rei Vindicatio gehört [16]). Es kann daher aus eben diesem Grunde der Sachenbesitzer — als Inhaber mit dem Eigenthumswillen §. 309 d. G. B. — mit der Aufforderungsklage zum Erweise seines Eigenthumstitels nicht aufgefordert werden.

Dieß ist der wahre juristische Grund der Bestimmung des §. 323 d. G. B. betreffend die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer [17]).

---

[15]) Muther Jahrb. für gem. deutsches Recht II. J. 1858, welcher die Diffamationsklage als eine actio poenalis und die ihr zu Grunde liegende Obligation als obligatio ex delicto auffaßt (§. 19 d. A.) und als Grundgedanken dieses Institutes den ökonomischen Zweck bezeichnet, einen den Diffamanten zur Schmälerung seines guten soliden Rufes drohenden Vermögensnachtheil abzuwenden, läugnet dieß zwar (§. 27), indem er behauptet, daß zum Fundament der Provocationsklage nichts anderes gehöre, als das Delikt der Diffamation. — Allein die ganze theoretische Auffassung und Begründung des Remedium ex lege Diffamari, wie sie M. gibt, ist (des verdienstlich historischen Theiles unbeschadet) wenig geeignet, „diese Lehre auf feste Prinzipien zurückzuführen", wohl aber dieselbe durch den neuen und unbestimmten Begriff „des Angriffes auf die ökonomische (?) Ehre" auf noch vagere Grundlagen zu stellen, ja die Muther'sche Theorie entbehrt eines festen juristischen Prinzipes, und einer überzeugenden Begründung aus den Reichsgesetzen und der Praxis des gemeinen Rechtes. So z. B. substituirt M. im §. 27 der ökonom. Ehre den moralischen Ruf, und gelangt zu dem Resultate, daß das berühmen mit einem bedingten oder betagten Rechte aus dem Grunde keine Diffamation sei, weil dasselbe angeblich keinen Angriff auf die ökonom. Ehre enthalte.

[16]) Es ist hiemit nicht der Besitz, sondern schon die bloße Innehabung, welche gegen die Aufforderungsklage zur Rei Vindicatio schützt (§. 369 G. B.), und ist daher auch in dieser Beziehung der §. 323 nicht genau gefaßt. Daß der Inhaber sich gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen kann, daß er seinen Vormann (sollte heißen den Besitzer den er vertritt) nahmhaft macht (sog. nominatio auctoris §. 375), steht mit dem Gesagten ganz im Einklange. Vgl. Ellinger I Hdb., S. 150.

[17]) Die irrige Motivirung des §. 323 d. G. B. enthält auch noch §. 599 der siebenb. ung. C. P. O. Uebrigens geht schon aus dem Wortlaute des

2. Bei der Berühmung dinglicher Rechte an einer Sache kann nur der Eigenthümer derselben der Aufforderer sein, da nur dieser in dem eventuellen Rechtsstreite Beklagter sein kann.

3. Aus demselben Grunde kann bei der Berühmung mit einem obligatorischen Rechte nur der aus dem angeblichen Obligationsverhältnisse Verpflichtete, bei der Berühmung mit dem Erbrechte nur der erbserklärte Erbe mit der Aufforderungsklage auftreten. Das gleiche Prinzip gilt rücksichtlich der Familienrechte.

Es ergibt sich hiernach, daß der Sachenbesitzer auch dann, wenn die Vermuthung des §. 323 d. G. B. für die Rechtmäßigkeit seines Besitzes und die hieraus gefolgerte Norm über die Unstatthaftigkeit der Aufforderungsklage gegen ihn, in das Gesetzbuch nicht wäre aufgenommen worden, doch nicht mit der Letzteren belangt werden könnte. Dies in Bezug auf die Berühmung des Sachenbesitzers mit dem Eigenthumsrechte.

Bezüglich der Berühmung mit Rechten (außer dem Eigenthum) ergibt sich der im §. 323 d. G. B. aufgestellte Grundsatz, daß der Besitzer nicht zur Angabe des Titels des berühmten Rechtes aufgefordert werden kann, nicht so wie rücksichtlich des Sachenbesitzes aus der Natur der diesfälligen rechtlichen Verhältnisse.

Indeß trotz der Irrigkeit des im §. 323 angeführten Grundes, kann an der Anwendbarkeit der Norm dieses §., daß der Besitzer nicht mit der Aufforderungsklage belangt werden könne, auch auf den Rechtsbesitzer kein Zweifel bestehen. Denn das Gesetz ist in ganz allgemeiner Fassung hingestellt, und aus der bloßen Unrichtigkeit der Begründung, kann kein Grund der Anfechtung seiner Giltigkeit hergenommen werden. Es ist also nach österreichischem Rechte ein wirklicher Vortheil des Rechtsbesitzers, daß er mit der Aufforderungsklage zur Angabe des Titels des faktisch geübten Rechtes nicht aufgefordert werden kann [18]). Es kann daher der Besitzer einer Servitut, einer Reallast,

§. 66 a. G. O. (§. 598 sieb. ung. C. P. O.) hervor, daß nur der Inhaber (resp. Besitzer) zur Eigenthumsklage provociren könne; denn derselbe fordert „daß sich Jemand eines Rechtes gegen einen Dritten berühmt habe". Durch die Berühmung des Eigenthumsrechtes einer Sache kann sich aber offenbar Niemand Anderer, als nur der Inhaber betroffen fühlen. — Wie so aber Schuster a. a. O., S. 921 Nr. 4 behaupten kann „dingliche Rechte sind auch Gegenstand der Berühmung; denn sie sind in soferne der angeblich Berechtigte nicht den Besitz derselben hat, gleichfalls nur Forderungsrechte" — ist unbegreiflich.

[18]) Anders nach gemeinem Rechte (vgl. Franke, Bayer und Martin a. a. O). A. A. ist Muther §. 27. Die Praxis des gemeinen Rechtes läßt nämlich die Provokationsklage, obgleich der R. Absch. v. 1532, art. 3, §. 2 und

eines Bannrechtes vom Eigenthümer der belasteten Realität niemals zur Angabe des der Ausübung zu Grunde liegenden Rechtes im Wege der Aufforderungsklage verhalten werden [19]).

Es dürfte hier am Platze sein die Frage zu beantworten, ob der sogenannte bücherliche Besitzer einer Sache oder eines Rechtes zur Angabe seines Titels aufgefordert werden könne, z. B. der bücherliche Eigenthümer vom Naturalbesitzer zum Erweise des Eigenthumsrechtes? Sie ist zu verneinen. Zwar würde die Berufung auf den §. 323 cit. kaum entscheidend sein, da der bücherliche Besitz gar kein Besitz ist und der cit. §. nur den Naturalbesitz vor Augen hat. Der Grund liegt vielmehr darin, daß auf die Berühmung eines Rechtes, das für den Berühmer bücherlich vorgeschrieben ist, der Begriff der Diffamation gar nicht paßt [20]). Ein weiterer Grund für die Verneinung der Frage liegt darin, daß derjenige, der die Giltigkeit einer den öffentlichen Büchern einverleibten Urkunde bestreiten will, binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist die Klage auf Löschung derselben einbringen (Hof v. 29. August 1818, Z. 1488, Abs. 4), hiemit als Kläger auftreten muß. Es wird daher in dem gegebenen Falle, wenn der bücherliche und Naturalbesitzer verschiedene Rechtssubjekte sind,

---

die Kam. G. O. v. 1555 II. 25 zunächst nur denjenigen zu provoziren gestatten, der in friedbrüchigen, Schmach u. a. dgl. Sachen uns diffamirt hat, also uns eines Friedensbruches, oder eines andern Delicts beschuldigte, doch ganz allgemein gegen Jedermann zu, der sich eines Rechtes gegen uns berühmte, wenn auch darin kein Vorwurf eines begangenen Delikts liegt. Die Zulässigkeit derselben ist nur da ausgeschlossen, wo sich dies aus der Natur des rechtlichen Verhältnisses ergibt z. B. bei der Provokation zur rei vindicatio gegen den Sachbesitzer, daher nicht gegen den Rechtsbesitzer.

[19]) Dagegen läßt sich nicht der Einwurf erheben, daß die Aufforderungsklage ein subsidiäres und außerordentliches Rechtsmittel sei, und also da nicht stattfinde, wo wie z. B. bei Servituten der Eigenthümer den Berühmern mit der actio negatoria zum Erweise des berühmten Rechtes zwingen könne. Denn die Subsidiarität ist nirgends gesetzlich ausgesprochen, und liegt auch nicht im Wesen des Provokationsprozesses. Denn wenn es auch Zweck des Letzteren ist, die Möglichkeit zu gewähren, sich gegen ein berühmtes Recht zu vertheidigen und im genannnten Falle die actio negatoria zu gleichem Ziele führt, so schließt doch von Klagen, von denen mehrere denselben Zweck erreichen können, keine die andere an sich schon aus; vgl. Franke, a. a. O. und Unger II. S. 385 u. ff.

[20]) Aus demselben Grunde, aus welchem in dem Vorgeben von sogenannten Personenrechten, wenn der Status, aus dem sie folgen, nicht bestritten ist, keine Berühmung gefunden werden kann, z. B. wenn sich ein Kind des Allimentenrechtes rühmt. Irrig ist, was Schuster, a. a. O., S. 923, Nr. 2 sagt.

Keiner gegen den Andern die Aufforderungsklage zur Erhebung der Eigenthumsklage anstellen können. Als weitere angeblich mit dem Besitze verbundene Vortheile werden angeführt:

3. Daß der Sachenbesitzer mit der Aufforderungsklage nicht belangt werden könne (§. 324 A. B. G. B.). Allein es wurde bereits im vorhergehenden Absatze gezeigt, daß auch ohne die Bestimmung dieses Paragrafes, der Besitzer nie zur Erhebung der Rei vind. provozirt werden könnte, weil nur er allein zur Anstellung der R. P. auffordern kann [21]) (Vgl. Note. 3) (ad 2)

4. Der Vortheil, daß der Besitzer im Vindikationsprozesse auch dann, wenn von keiner Seite Etwas bewiesen wird, obsiegt. §. 324 A. B. G. B. „Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug. [22]) Allein dieser Vortheil ist eine Folge des Allgemeinen prozeßualischen Grundsatzes, daß der Geklagte gewinnt, wenn der Kläger nicht sein Recht beweist, welcher Grundsatz im Eigenthumsprozesse darum auffällig hervortritt, weil der mit der Rei Vindicatio belangte Geklagte immer die Sache in seiner Macht hat, was bei oberflächlicher Betrachtung dazu verleitete, diesen Erfolg als einen mit dem Sachbesitze verbundenen Vortheil darzustellen. Ein Vortheil des Besitzes ist dieser Erfolg schon darum nicht, weil derselbe auch bei dem bloßen Inhaber eintritt (§. 369) [23]). Dasselbe Verhältniß wiederholt sich beim Rechtsbesitze.

5. Das Retentionsrecht, sofern es nach österr. Rechte überhaupt statt hat (Vgl. §. 471 A. B. G. B. und die §§. 313—315 Hand. G. B.). Es ist darum kein mit dem Besitze verbundenes Recht, weil dasselbe nicht an den Besitz, sondern bloß an die Inhabung geknüpft ist. Dasselbe erscheint prinzipiell vielmehr als eine Consequenz des Grundsatzes der Billigkeit, daß derjenige, der gegen einen Gläubiger eine Gegenforderung hat, nur dann zur Erfüllung seiner Verbind-

---

[21]) So alle österr. Komentare Zeiller II. S. 60 Nippel III. S. 93 Winiwarter II. S. 70 Stubenrauch I §. 323 S. 651, dann Miniesiewicz Tabularbesitz §. 16. Winiwarter findet den Grund des §. 323 darin, daß derjenige, der die Veränderung eines Zustandes bewirken will, die Gründe hiezu beibringen, folglich als Kläger auftreten und sein Recht darthun muß. Die Folge dieses jedes gesetzlichen Grundes entbehrenden Grundsatzes wäre, daß am Ende Niemand irgend eine Handlung vornehmen dürfte, zu der er nicht durch richterliches Urtheil ermächtigt erscheint.

[22] So Winiwarter II §. 38 und 39 u. f., doch vgl. §. 45 S. 77, wo dies als ein Vortheil auch des bloßen Inhabers dargestellt wird.

[23] L. 9 Cod. de rei. vind. Savigny §. 3. Vgl. Winiwarter selbst II S. 77.

lichkeit gezwungen werden solle, wenn auch dieser seine Gegenverbindlichkeit erfüllt. [24])

6. Der Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition. In beiden Fällen wird zwar mit der Besitzergreifung Eigenthum erworben (§. 381 und 425 A. B. G. B.). Allein der Erwerb des Eigenthums ist keine Folge des Besitzes als dauernden Zustandes, sondern der Besitzergreifung unter Voraussetzung noch anderer rechtlicher Umstände. Besitz und Eigenthum werden hier zu gleicher Zeit erworben und ist daher Letzteres keine Folge des Ersteren. [25])

7. Die Klage aus dem sogenannten vermutheten Eigenthum (§. 372) (Actio Publiciana). Diese Klage jedoch stützt sich nicht auf den bloßen Besitz, sondern Voraussetzung derselben ist ein besonders qualifizirter (rechtmäßiger echter und redlicher) Besitz — ein Besitz, wie er zur Ersitzung erfordert wird (Usucapionsbesitz). Sie erscheint daher vielmehr als petitorische, und nicht als bloße Besitzklage, und wird auch vom Gesetze als solche aufgefaßt (§. 372). Der Kläger wird — für den wahren Eigenthümer gehalten). [26])

8. Die Ersitzung. [27]) Allein auch die Ersitzung ist keine Folge des Besitzes an sich, sondern eines besonders qualifizirten Besitzes und des Ablaufs eines bestimmten Zeitraums (§. 1460).

---

[24]) Ein Grundsatz, der auch allen denjenigen Fällen zu Grunde liegt, wo Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu geschehen haben (so in dem §. 1052. 1062, 934, 877, u. m. a. d. B. G. B.) In Fällen der letztern Art tritt eine Retention der Leistung (Retention im weitern Sinn) ein; im engern Sinne ist die Retention auf Zurückhaltung einer Sache zu verstehen. Vgl. Puchta §. 91 b. Sav. §. 3. 6. Arndts §. 102. 328 Unger II. S. 338 N. 2.)

[25]) Sav. §. 3. 1) Winiw. II. S. 43. Da bei der Zueignung und Uebergabe Besitzergreifung nothwendig ist (§. 381 und 486 cit.) so sind diejenigen Handlungen, durch welche Eigenthum auf jenem Wege erworben wird; auch zur Begründung des Besitzes für hinreichend zu erachten, und sind daher die diesfälligen Bestimmungen zugleich Quellen für die Lehre vom Besitzerwerb. Ohne triftigen Grund hat sich dagegen erklärt Pachmann a. a. O §. 29 N. 12. welcher an den Worten des §. 427 Anstand nimmt, daß die Uebergabe durch Zeichen dann Statt habe, wenn der Eigenthümer dem Uebernehmer die Werkzeuge übergibt, durch welche der letztere in den Stand gesetzt wird, ausschließend von der Sache Besitz zu ergreifen. Was man erst noch erlangen müsse, schließt P. a. a. O., kann man unmöglich schon haben. Allein abgesehen davon, daß Besitzergreifen offenbar hier in dem vulgären Sinne für „verfügen zu können" gebraucht ist; so ist Pachmann's Anschauung eine Folge der alten, irrigen Begriffbestimmung der „Aprehension" (nemlich der Beschränkung derselben auf das rein körperliche Berühren der Sache, von der er sich im Texte des §. 29 losgemacht zu haben schien Vgl. gegen Pachmann schon Winiwarter §. 27 S. 43 und Stubenrauch I 312 S. 638.

[26]) Savigny §. 3. 2).

[27]) So selbst Savigny §. 2., der aber selbst indirekt die Richtigkeit der im Texte ausgesprochenen Ansicht dadurch bewährt, daß er in seiner Monogra-

9. Als besondern Vortheil des redlichen Besitzers „das Recht" die Sache ohne Verantwortung nach Belieben zu brauchen, zu verbrauchen, auch wohl zu vertilgen (§. 329) [28]). Allein der redliche Besitzer hat gar kein Recht an der Sache. Dem praktischen Erfolge nach kann er wohl die Sache „ohne Verantwortung" (§. 329) brauchen und verbrauchen; allein der Grund dieser Loszählung von jeder Vorantwortung ist nicht der Besitz, sondern der Mangel des Verschuldens auf Seite des redlichen Besitzers; es mangelt der eventuellen Entschädigungsklage des Eigenthümers das rechtliche Fundament, das Verschulden des Geklagten (§. 1295). Dasselbe gilt von den Ersatzrechte des redlichen Besitzers rücksichtlich des Aufwandes (§. 331 332). Aber selbst das angebliche Recht des redlichen Besitzers auf die Früchte (§. 330) und auf den Ersatz des Anschaffungswerthes der Sache, sofern im letztern Falle dadurch dem Eigenthümer ein erweislicher Nutzen verschafft wurde (§. 333), ist keine Folge des bloßen Besitzes, sondern Vortheile, die das Gesetz aus Billigkeitsgründen mit der Redlichkeit des Besitzers verbindet. [29]). Hieraus geht denn nun hervor, daß die einzigen mit dem Besitze als solchem verbundenen Rechtswirkungen, der Schutz gegen Störung und Entsetzung, sodann (und zwar nur in Ansehung des Rechtsbesitzes) die Unzuläßigkeit der Aufforderungsklage sei.

---

phie von der Ersitzung weiter nicht mehr handelt, und im §. 12 sogar ausdrücklich anführt: „bei der Usucapion sei es nicht der Besitz allein, was sie möglich mache, sondern es müßten noch andere juristische Bestimmungen hinzukommen". Das einzige Recht des bloßen Besitzes bestehe in den Interdikten.

[28]) So von den österr. Commentatoren Zeiller II 69 und Winiwarter. I §. 47. Die richtige Ansicht hat im Grunde schon Nippel II S. 109 und neuerlich Stubenrauch I. §. 330 S. 659.

[29]) Daß Winiwarter II §. 47. S. 80 den redlichen Besitzer auch das Eigenthum an dem, dem Grundeigenthümer gebührenden Theile eines Schatzes erwerben läßt, beruht auf der irrigen Subsumirung des Schatzes unter dem Begriff „der Früchte" Vgl. dagegen schon Stubenrauch §. 330 S. 662.

V.

Lehre von den Strafmitteln.

Eine ſtrafrechtliche Abhandlung vom Herrn Dr. Karl Jicinsky.

I. Einleitung.

Die meiſten unſerer neueren Lehrbücher — von den früheren gar nicht zu reden — begnügen ſich mit der einfachen Aufzählung der poſitiv-rechtlichen Strafarten. Das Höchſte, was noch geleiſtet wird (Berner, Geib, Hälſchner, Marezoll) iſt eine aforiſtiſche, kriminal-politiſche Kritik, welche jeder einzelnen Strafart angehängt wird. Es läßt ſich zwar nicht leugnen, daß ſich gerade in dieſem Kapitel die Poſitivität nach dem Grade der ſittlichen Kultur eines Volkes, ſeinen Rechtsbegriffen und ſeinem Rechtsbewußtſein, ſeinen Vorſtellungen von dem Werthe irdiſcher Güter, ſeinen Fortſchritten in der Humanität überhaupt, gleichſam mit Ueberſpringung aller gelehrten Deduktion und Begründung, am allermeiſten geltend macht.

In der That hat es nach oberflächlicher Betrachtung den Anſchein, als müſſe ſich die ſtrenge Wiſſenſchaft, nachdem ſie die Strafe begründet, Zweck und Begriff gehörig exponirt, Qualität und Quantität je nach den im Verbrechen gelegenen Momenten beſtimmt hat, genug daran ſein laſſen, zu fordern: daß geſtraft werden müſſe; in welcher Geſtalt jedoch die Herſtellung des rechtlichen Gleichgewichtes auftrete, ob als Gefängniß oder Geldſtrafe, oder Verluſt anderer Rechte, müſſe dieſer ſelbſt gleichgiltig ſein; das Wie der Strafe gehört auf ein anderes Blatt, auf das der ſogenannten Kriminalpolitik, einem Gebiete

menschlicher Geistesthätigkeit, auf welchem den humanitären Gefühlsbestrebungen mehr als dem strikt-logischen Verstande und größere Freiheit gegeben sei.

Wir stehen eben am Ende einer philosophischen Periode, deren Grundsatz es war, jedes wissenschaftliche Gebiet aus seinem Prinzipe selbstständig und in strenger Sonderung von dem verwandten zu entwickeln; ja man bildete sich darauf etwas ein, nach aufgestellten Merkmalen das eine von dem andern geschieden und unvermischt erhalten zu haben. Das Resultat war kein günstiges. Einer übel verstandenen wissenschaftlichen Propreté zu Gefallen machte man das Gebiet schroff und unwirsch gegen alle angrenzenden; die Widersprüche, welche darüber entstanden, ließ man lieber stehen, und erfand für dieselbe die im Werthe sehr zweifelhafte Lehre: von der Kollision der Rechte und Pflichten.

Die neue Denkperiode, welche sich in nicht zu verkennender Weise eben jetzt in Mittel-Europa Bahn bricht, scheint viel richtiger, vernunftgemäßer, daher auch praktischer zu sein, indem sie von der Grundanschauung ausgeht, daß alle Wissenschaften, und vor Allen die verwandten Gruppen ein gemeinschaftliches Band umschließt, und daß die vorhandenen Widersprüche allmälig zur Lösung kommen müssen, damit eine Wissenschaft die andere in ihren Resultaten unterstütze, statt hemme; ist denn doch die Aufgabe einer Wissenschaft für das menschliche Leben eine praktische und eine andere, als die, das System eines Gelehrten durch ihre eckige Abgeschlossenheit zu zieren.

Die Gesammt- oder Endaufgabe aller menschlichen Thätigkeit ist die Humanität, d. h. jene Qualität des irdischen Daseins, welche dem höchsten Grade menschenmöglicher Vollkommenheit entspricht. Dieses kann daher auch nur der einzige Zweck der Rechtswissenschaft sein, sie möge nun durch subjektives Wissen oder objektiv durch Verwirklichung des Rechtes wirken. In der That ist das objektive Recht nur ein Glied in der großen Kette unserer Vorstellungen von irdischer Glückseligkeit, und da es von dieser Idee seine Grundfärbung erhält, so ist es begrifflich unmöglich, daß die Rechtswissenschaft mit anderen verwandten Fächern, als da sind: die Moral, die Politik, die Lehre von der Klugheit und Opportunität, und wie man sie noch sonst nennen will, irgendwo bleibend kollidiren kann, weil auch diese Fächer die nämliche Humanität im Auge haben, wie das Recht. Wo immer eine Kollision vorkommen mag, muß sie sich lösen lassen, wofern sich die eine oder die andere Forderung, welche eben die Ursache des Zwiespaltes

ist, den Vorwurf der Inhumanität, und im Rechte den des Unrechtes gefallen lassen muß.

Wenn daher auch die Zweckmäßigkeit etwa eine abgesonderte Behandlung der sogenannten Kriminalpolitik verlangen sollte; so behaupten wir dennoch mit aller Bestimmtheit, daß das, was zweckmäßig, was opportun, was klug sein will, auch zugleich recht und sittlich sein müsse; was es aber nicht ist, kann auch im Bereiche unserer Kultur nicht zweckmäßig, nicht opportun und nicht klug heißen; denn Recht und Zweckmäßigkeit, Zweck und Mittel, Strafe endlich und Strafmittel sind von dem nämlichen Prinzipe, von der Humanität bestimmt.

Konsequent zu dieser Anschauung behaupten wir, daß sich die Zulässigkeit der Strafarten aus dem Begriffe und dem Prinzipe der Strafe eben so ergeben müssen, wie die Momente derselben und ihre rechtlichen Bedingungen.

Indem wir also das Prinzip für die Lehre von den Strafmitteln aus dem Rechte nehmen, glauben wir nur so eine mit klarem Bewußtsein geleitete Anschauung über die Richtigkeit und Humanität jener Mittel, womit die hohen Zwecke der Strafe verfolgt werden, und den sicheren Faden für die Grundsätze ihrer Anwendung zu gewinnen; wogegen man sich im entgegengesetzten Falle seinem sittlichen Genius und dem Ungefähr seines humanitären Gefühles überlassen muß, wie es in der That bis heute der Fall war. Auch ist es nur so möglich, die Geschichte der Strafmittel zu verstehen, und zu erkennen, wie man von äußerster Barbarei bis auf unsere heutige Humanität fortgeschritten ist, und was hier noch in Zukunft zu thun wäre.

Aus der Kommunität zwischen verwandten Fächern unserer humanen Lehren folgerten wir, daß sich die Lehre von den Strafmitteln unter das System und das Prinzip der Rechtslehre beugen müsse; das ist noch nicht Alles; wir verfolgen in unserer Abhandlung noch ein zweites Ziel.

Das Recht ist im Bereiche unserer Wissenschaften kein Autokrat. Das Recht ist selbst nur ein Glied, wie jedes andere Fach. Es ist eine Seite der Sittlichkeit, diese wieder ist eine Seite der menschlichen Kultur, und die Kultur ist endlich eine Seite des alles umschließenden Humanitätsbegriffes. Daher muß auch das Recht in seinen weiteren Entwickelungen immer unter dem Bewußtsein seiner Gliedschaft die übrigen Fächer eben so beachten, wie es selbst Beachtung für sich fordert. Ein Recht, das so ohne alle Beachtung anderer sittlichen und humanen Forderungen nur nach streng logischem Vorgang für sich in's

Blaue hinaus demonstrirt, könnte bald inhuman, und daher gewiß auch unrecht werden. In diesem Ausspruche liegt nichts Ungereimtes. Unsere Prinzipien, obgleich den Stempel der ewigen Vernunft an sich tragend, sind doch nicht sie selbst, sie sind doch nur menschliche Dinge, und so unvollkommen, wie das Uebrige, und ein unvollkommener Keim trägt unvollkommene Früchte, die durch andere Hilfsmittel genießbar gemacht werden müssen. So ist es, um nur ein Beispiel anzuführen, nach strenger Logik ein Mord, wenn ein Kriegskamerad seinen von der Kugel tödtlich getroffenen Herzensfreund, um ihn entweder von den Hufen einer dahinbrausenden Kavallerie-Attaque oder vor dem qualvollen Tode in Feindeshand zu erretten, den Todesstoß versetzt, also ein Verbrechen, worauf Kapitalstrafe gesetzt ist, und dennoch wäre es Unrecht, dieselbe an ihm zu vollziehen. Eben so müßte man die Strafart für die Herstellung des durch das Verbrechen gestörten Rechtsgleichgewichtes für völlig gleichgiltig erklären, und dennoch glauben wir, es sei entschieden wider alles Recht, wenn man einen sittenverderbten, gemeingefährlichen Dieb mit einer verhältnißmäßigen Geldstrafe belegen wollte, u. dergl. Es muß, so behaupten wir, das Recht in seinen Instituten auch allen übrigen sittlichen, oder wenn wir in noch weiterem Sinne reden wollen, allen humanen Anforderungen, welche sich in einem und demselben Objekte begegnen, gerecht werden, dieselben also in die Materie seiner doktrinären Entwickelungen aufnehmen, damit auch die Resultate der einen Doktrin nicht mit jenen der andern kollidiren, sondern sich vielmehr wechselseitig stützen und, praktisch geworden, wahre Asyle und Stätten der Humanität werden.

Nirgends ist ein solches Hinausgehen über die Grenzen strikten Rechtes von solcher Nothwendigkeit und Tragweite, als eben in der Lehre von den Strafmitteln, welche wir — allerdings unter der größten Zurückhaltung auf die Hoffnung eines Gelingens und plausiblen Erfolges — auf Grundlage einer solchen erweiterten Anschauung vorzunehmen im Begriffe stehen.

Um nun den zur Basis genommenen Standpunkt sowohl klarer auseinanderzusetzen, als auch ihn dadurch zu rechtfertigen, wird es nothwendig sein, auf eine (möglichst kurze) Charakteristik des Staates als Subjektes, des Verbrechens als Objektes und der Strafe als Vermittlung einzugehen.

II. Staat, Verbrechen und Strafe.

„Nur der Rechtsstaat sei anzuerkennen," hört man heutzutage im modernen Staatsrechte sagen. Dieser Satz ist ein Abstraktum, Begriff. In der faktischen Wirklichkeit ist er hohle Phrase. Es gibt keinen Staat, der nur Rechtsstaat wäre.

Der **Staat** ist ein irdisches Institut, welches den Zweck hat, die menschenmögliche Humanität in der Gesellschaft so zu verwirklichen, wie der Einzelne sie für sich zu verwirklichen hat.

Der Staat ist also eine sittliche, humane Wesenheit, welche die ganze menschliche Gesellschaft nach ihren sämmtlichen wesentlichen Seiten, und nicht blos nach der einen oder der andern erfaßt, um sie je nach ihrem relativen sittlichen Werthe durch eine Reihe von Einrichtungen auf die größtmögliche Vollkommenheit zu bringen. Wenn er auch darin dem Einzelnen als solchem für dessen Einzelnzweck ein Mittel ist, so ist er doch diesem Einzelnen als Glied der Gesellschaft, oder mit andern Worten, der Menschheit ein Zweck für sich, eine sittliche Entität an sich, welche alle sittlichen Theilzwecke mit einem gemeinschaftlichen Bande, gleichsam in einem Gefäße, zur Totalität einschließt.

Alle sittlichen einzelnen Gebiete sind dem Staate harmonisch eingefügt, und man hat Recht, dieselben unter den Staat zu zwingen, wenn eines oder das andere in seiner Ueberhebung sich neben oder über den Staat stellen will, z. B. da und dort die Kirche. Dadurch geschieht keinem ein Unrecht, denn gerade der Inbegriff aller einzelnen sittlichen Gebiete in einer äußeren Form ist eben der Staat, den wir meinen; und zur Totalität, zur Einheit muß der Mensch in seinem Bewußtsein schreiten, weil das Sein und dessen Zweck selbst nur Eines ist. Wenn wir den Staat in dieser Art, nämlich als die äußerlich wahrnehmbare Form jener Totalität aller einzelnen sittlichen Gebiete, oder als verkörperte Humanität auffassen, so unterscheiden wir ihn von dem Staate im engeren Sinne, d. i. im Sinne der obersten Verwaltung, welche als solche nichts anderes als auch ein solches Institut ist, wie Familie, Kirche, Gemeinde, Schule, Gesellschaft u. s. w., jedoch diesen gegenüber mit anderen Aufgaben der sittlichen Vervollkommnung, als da sind: Recht, allgemeine Kultur, körperliche und geistige Sicherheit, materielles und geistiges Wohl u. s. w. betraut. In dieser Auffassung ist der Staat seiner eigenen Idee und den aus derselben fließenden Grund-

sätzen eben so unterworfen, wie die Kirche, Familie, Gemeinde u. dgl. Der Staat in dieser letzteren Bedeutung ist es, der im gewöhnlichen Leben verstanden wird, und der dann von den übrigen Gebieten begrifflich auseinandergehalten werden muß.

Nun läßt sich allerdings die Humanität oder menschliche Vollkommenheit nach ihren verschiedenen Seiten zerlegt und als Theilaufgabe den verschiedenen sittlichen Organismen zugetheilt denken, so daß etwas hievon dem Einzelnen, etwas der Familie, anderes der Gemeinde, wieder ein Drittes der Schule, ein Viertes der Gesellschaft, ein Fünftes der Kirche und endlich ein Sechstes, vielleicht ein Vielfaches, der Staatseinrichtung überlassen bleibt. Aber Keines hievon darf nie und nimmermehr vergessen, daß es ein Theil, ein Glied dessen ist, was man im Totalbegriffe Staat nennt.

Wenn auch der Staat gewisse Kulturgebiete ganz aus der Hand an andere Organismen überlassen hat, so ist er doch in allen Gebieten mit interessirt, und in Allem, was er vornimmt, muß er dieses Interesse in Betracht der Gewalt des allgemeinen Staatsbegriffes, unter der er selbst steht, wahren und berücksichtigen. Eben dasselbe thun auf harmonische Weise alle übrigen Organismen, und das um so mehr, als es die Staatsverwaltung ist, welche die äußere Umschließung aller sittlichen Organismen zu einem Ganzen formell zu vollziehen, zu bewerkstelligen hat.

Der Staat ist uns also in ethischer Beziehung ein einziges untheilbares Ganzes, während doch in der praktischen Wirklichkeit jeder Theilorganismus in seinem Bereiche seine spezielle Aufgabe zu lösen, die Humanität auf seine Art, aber in ungetrübter Harmonie mit den übrigen verwirklichen soll. Es ist die Theilung der Arbeit in der Werkstätte der Menschlichkeit, unter der Regierung der allgemeinen Idee. Daraus folgt nun, daß nicht nur das Resultat jedes einzelnen Kulturgebietes, vorausgesetzt, daß dieses nur im Sinne jener Idee, und nicht etwa auf eigene Faust thätig war, dem Resultate der übrigen konform, anpassend sein müsse, sondern daß das Kulturgebiet dort, wo es mit einem andern auf dem Wege der praktischen Verwirklichung, wie z. B. Recht, Sicherheit, Religion, Zucht, bürgerliche Tugend u. s. w. in der Strafe zusammentrifft, es mit ihm vereint, und nicht eines neben dem andern, daher jedes für sich schreiten müsse.

Ein und dasselbe Mittel, z. B. Strafe, soll eben mehreren zugleich dienen, und da ist nichts damit gut gemacht, wenn ein Gebiet das andere hiebei ignorirt, wenn eines das andere hindert, hemmt oder

gar aufhebt; es ist vielmehr gehalten, in seine eigenen Grundsätze so viel aufzunehmen, als geboten ist, die Harmonie zu erhalten.

Weil uns der Staat nach seinem Begriffe ein einziges, zwar gegliedertes, aber untheilbares Ganze ist; so behaupten wir, müssen auch alle seine Akte, insbesondere dann, wenn sie indirekt auf Verwirklichung der Humanität ausgehen, auch als ein untheilbares Ganze, das aus verschiedenen Momenten besteht, aufgefaßt, und durch den Staat auch ausgeführt werden. So ist es z. B. Recht und Pflicht des Staates, für zweckmäßige Unterrichtsanstalten zu sorgen. Die Einrichtung derselben selbst ist ein Akt der Staatsverwaltung, die Schule ist ein Mittel der wissenschaftlichen Bildung, und diese wieder ist die Kulturaufgabe des Staates im engeren Sinne. Die Schule ist aber auch ein Mittel der Kindererziehung, welche der Familie als Aufgabe anheimgefallen ist, also auch ein Mittel dieser; noch mehr, sie ist auch ein Mittel der Kirche zur Pflege von Religion, sie ist ein Mittel der Gemeinde zur Entwickelung bürgerlicher Tugenden u. s. w. Wir sehen also, daß sich in der Schule, als dem Mittel für Humanität, viele Kulturgebiete begegnen, und daß in Einem Mittel viele Anforderungen geltend gemacht werden wollen.

Dennoch aber werden nicht so viele Schulen errichtet, als es Kulturforderungen gibt, und eben so wenig wird diese selbe Schule von allen in's Werk gesetzt, sondern nur von einem, d. i. dem Staate, welchem als dem allumschließenden diese Sorge mit Recht zugewiesen ist. Daher behaupten wir, daß der Staat, obwohl er nur für den wissenschaftlichen Unterricht Sorge trägt, dennoch alle übrigen Kulturzwecke mit berücksichtigen, und den Schulen eine solche Einrichtung verleihen muß, daß auch alle übrigen Kulturthätigkeiten in ihrer Art wirksam werden können.

Kein Akt keines der genannten Kulturgebiete nun ist so isolirt, daß er nur seinen Charakter an sich tragen würde, vielmehr tragen alle die Intentionen der Staats-, oder sagen wir der Humanitätsidee an sich. Dies gilt daher auch für alle Staatsakte, woraus klar hervorzugehen scheint, daß der Staat nicht bloß „Rechtsstaat" sei.

Aber auch dann, wenn wir die sittliche Aufgabe des Staates im e. S. für sich allein nehmen, so ist der Staat nicht Rechtsstaat, darum, weil nicht das Recht allein, d. i. diese Form der äußeren Sittlichkeit in seinen Ressort fällt. Neben der Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit muß der Staat auch für das sorgen, was man öffentliche Sittlichkeit nennt, d. i. für das sittliche Betragen im öffentlichen Leben

(daher gibt es wirklich Verbrechen gegen die Sittlichkeit), äußere Achtung für Religion (daher gibt es wirklich Verbrechen gegen die Religion), er sorgt ferner für körperliche und geistige Sicherheit, insofern der Einzelne oder die Gesellschaft nicht dafür sorgen können, oder noch nicht dafür gesorgt haben, ihn betrifft das materielle wie das geistige Wohlsein seiner Mitglieder. Dieß ist keine Usurpation, weil kein Organismus neben dem Staate diese Spezialaufgaben übernehmen kann, nicht die Familie, nicht die Gemeinde, nicht die Kirche oder höchstens nur zum Theile. Nach der Natur der Sache ist es daher nur der Staat, dem sie zufallen. Möglich, daß durch zunehmende Kultur und praktische Lebensbildung der Einzelne oder die Gesellschaft werden dem Staate diese Aufgaben abnehmen, und so seinen Wirkungskreis erleichtern und vermindern können, jetzt aber gewiß noch nicht, und ganz aufheben niemals. Wenn es nun wahr ist, daß der Staat neben dem Rechte noch mehrere andere Zwecke habe, so folgt daraus wieder, daß er nicht allein „Rechtsstaat" sei.

War nun der Staat in seinen Akten gehalten, den humanen Gesammtstaatszweck nie aus den Augen zu verlieren, so ist er es rücksichtlich seiner speziellen Aufgabe doppelt, nur mit dem Unterschiede, daß er dort den übrigen Kulturgebiethen nur Raum für ihre Thätigkeit zu schaffen hat, während er hier selbst auch materiell thätig werden muß. So wie z. B. kein Akt der Gerechtigkeit gegen Sittlichkeit, Religion, gegen Ehre, Zucht u. s. w. verstoßen darf, ebenso darf er um so weniger gegen Sicherheit gegen materielles Wohl, gegen geistige Bildung gegen Körper und Geistesgesundheit u. s. w. verstoßen. Kurz jeder Akt des Staates muß, da er sich eben nicht zerschneiden läßt, sondern in der konkreten Wirklichkeit nur als Ganzes erscheint, von der Idee der Humanität überhaupt, und dem Staatszwecke insbesondere imprägnirt sein.

So ist denn die Strafe auch ein Akt des Staates, an dem sich das Rechtsmoment herausheben und als Abstraktum denken läßt. Die Strafe selbst ist aber ein untheilbares Ganze, eine Handlung, die aus vielen Momenten bestehen kann. Allerdings wird die Rechtswissenschaft nur das Rechtsmoment hervorheben, und es für sich verarbeiten; aber die Strafe selbst ist nicht dieses verkörperte Abstraktum selbst, es ist, eine konkrete Handlung, an welcher sich die Gesammtidee des Staates manifestirt. Die Strafe ist nicht nur Rechtsinstitut, sondern ein humanes Institut überhaupt. Da nun die Rechtswissenschaft nicht nur die Strafe als Rechtsmoment, sondern die Strafe als Handlung zu beschreiben hat, so folgt daraus, daß dieselbe alle übrigen Momente

derſelben in die Lehre mit aufnehmen muß. [1]) Es iſt dieſes kein tadelhaftes Vermiſchen der Denkgebiethe und ein Verwirren der Lehre, denn deshalb wird das Rechtsmoment dennoch immer geſchieden und im ſtrikten Rechte maßgebend bleiben; es iſt ſo wie beim Bergmanne die ebenſo nothwendige Lehre von der Förderung des tauben Geſteines, obgleich nur das Erz ſein Zweck iſt. Aber nur ſo kann man ſich ebenſo vom einſeitigen Rigorismus, wie vor prinziploſer Prolarität freihalten, d. h. die menſchlichen Einrichtungen zu humanen Inſtituten machen. Wenn wir nun unter den ſittlichen Aufgaben des Staates jene des Straf-Rechtes insbeſondere herausheben, und ſie zum Gegenſtande unſeres beſonderen Studiums machen, ſo iſt hiedurch das Princip gelegt und jene Akte des Staates charakteriſirt, von denen nur die Rede ſein kann, ſo zwar, daß es ungerecht wäre, uns vorzuwerfen, wir zögen Moral, Polizei, Politik und Anderes in den Bereich des Rechtes. Nach gegebenem Principe wird nur diejenige Handlung in das Strafrecht fallen, die verbrecheriſch iſt, und nicht auch die bloß ſündhafte, die bloß unſittliche, die polizeiwidrige, die politiſch zweckwidrige. Aber nachdem eine Handlung dem Strafrechte principmäßig verfallen iſt, dann bildet das Recht das Ueberdeckende, in deſſen Bereiche alle übrigen Rückſichten ihren Platz finden müßen, kurz: Der Staat wird bei Behandlung der verbrecheriſchen Handlungen in ſeiner Eigenſchaft als humane Weſenheit und nicht ausſchließlich nach dem Rechts-Begriffe auftreten.

So ſtellen wir uns die konkrete Staatsthätigkeit, für welche eben auch die Strafrechtswiſſenſchaft als eine der praktiſch wichtigſten die Grund-

---

[1]) Darum iſt es ein Widerſpruch, wenn Hälſchner Syſtem des preuß. R. R. II. S. 437 §. 117 ſagt: „Durch die Strafe ſoll das Verbrechen, inſoweit es zur Exiſtenz gelangt iſt, getilgt werden," — und gleich darauf behauptet: „Es ſei für die Strafe der Umſtand, daß das Verbrechen die Beſchädigung eines rechtlichen Gutes zur Folge hatte, und daß dieſe Beſchädigung die entſprechende Entſchädigung fordert, gleichgiltig (?), weil in ſolcher Beſchädigung das Verbrechen nicht ſein Daſein hat, und weil darum die Tilgung des Verbrechens von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Entſchädigung durchaus unabhängig iſt." Nun iſt aber das Verbrechen eben auch durch Beſchädigung eines Gutes zur Exiſtenz gelangt, daher iſt dieſes Moment bei der Strafe wohl nicht gleichgiltig. Gleichgiltig iſt es wohl für die Idee des Rechtes, und für die Bezeichnung einer Handlung als Verbrechen; für die Beſtrafung deſſelben aber iſt es gewiß nicht gleichgiltig; wie ließen ſich denn die höhern Strafen rechtfertigen womit Verbrecher dann belegt werden, wenn der entſtandene Schaden ein größerer iſt, wie z. B. bei Brandlegung, bei Diebſtahl, Betrug u. dgl.? was doch niemand für ungerecht halten wird.

sätze aufzusuchen hat, dem nackten abstrakten rein theoretischen Rechtsbegriffe gegenüber vor.

Uebergehen wir zum Verbrechen oder richtiger gesagt zu dem Menschen, der dasselbe begangen hat.

Sowie der Staat als irdisch-humanes Wesen in seinen Akten nicht als verkörpertes Gerechtigkeitsabstraktum, sondern in konkreter Ungetheiltheit bestimmter Momente auftritt: ebenso ist auch der einzelne Mensch kein herumwandelnder Rechtsbegriff. Wenn er handelt, so handelt er als ganzer Mensch nach Maßgabe seiner ganzen irdischen individuellen Qualität. Ich kann immerhin in seinen Handlungen das Rechtsmoment hervorheben, es für die Rechtswissenschaft verwerthen, aber die Handlung selbst greift nicht als bloßes Abstrakt sondern nach ihrem Gesammtwerthe in das Getriebe des Lebens ein. In der praktischen Moral darf und kann sie ebensowenig zerlegt werden, als die Akte des Staates. Die Sezirung unter dem Messer des Verstandes darf nur dazu geschehen, um Erkenntniß, Verständniß und Aufklärung zu bewirken, wer aber praktisch durch Mittel Zwecke erreichen will, muß diese Theile schnell aneinanderfügen; wer das nicht thut, wird eben stubenhockerischer, pedantischer, gänzlich unpraktischer Theoretiker.

Das will nicht gesagt haben, daß jede Handlung alle, sondern daß sie mehrere oder viele und verschiedene Momente in sich begreift. Und eben nach diesen Momenten, die sich in einer bestimmten Handlung aufweisen lassen, muß dieselbe auch genommen, und zurück behandelt werden.

Das Verbrechen ist ein solcher Inbegriff von mehreren, verschiedenen Momenten, unter denen es sich in der menschlichen Gesellschaft manifestirt, und da es seinem Begriffe nach in das Strafrecht gehört, so wird zuerst und vor allem das Rechtsmoment entscheiden, dann aber alle jene Momente, die außerdem noch darin stecken. Die Rechtswissenschaft muß daher auch, da das Verbrechen eine einzige untheilbare Handlung ist, alle übrigen humanitären Momente mit in ihre Materie aufnehmen.

Es wird daher nunmehr darauf ankommen, das Verbrechen nach seinen darin enthaltenen sittlichen Momenten zu untersuchen.

1. Das Verbrechen ist zuerst die absichtliche Negazion des Rechtes, nicht eben des speziell verletzten, sondern des Rechtes seinem Begriffe nach; es verletzt also das Recht in der Substanz; es hebt das rechtliche Gleichgewicht auf. Dieses Merkmal ist gerade das charakteristische, d. h. jenes von dem der ordnende Verstand sagt, es werde hiedurch eben erst zum Verbrechen, und falle der Kriminalbehandlung anheim. Es ist somit in der Strafrechtswissenschaft und in der

Lehre von der Strafe das prinzipielle, das tonangebende Moment. Die übrigen gelangen nur innerhalb des rechtlichen Rahmens zur Geltung, weil sie demselben nach der Natur der Sache nun einmal untrennbar anhängen, und sohin mitgenommen werden müssen. Die Idee der Gerechtigkeit, eine der erhabendsten Manifestazionen der Humanität, und ihre Formen, die wichtigsten Bedingungen irdischer Existenz, erscheinen zuvorderst verletzt. Es ist dies eine Verletzung dem Begriffe nach, sie ist gedacht und wird mehr gefühlt als gesehen, aber dennoch ist sie die wichtigste unter allen, denn die Idee der Gerechtigkeit ist ein Bewußtsein, aus welchem die Kultur entsprießt.

2. So wie diese Idee ein gemeinsames Eigenthum der Menschheit, eine Grundbedingung des Gesellschaftszweckes ist, und daher den Staat im Namen der Menschheit zur Reaktion auffordert, ebenso wohnt dieselbe dem Einzelnen insbesondere inne; nicht darum, daß er in der Gesellschaft mitbetheiligt ist, sondern darum, daß das Bewußtsein der Gerechtigkeit auch für seinen Einzelnzweck die nothwendige Basis bildet. Das Verbrechen verletzt daher auch das rechtliche Gleichgewicht in dem sittlichen Gebiethe des Einzelnen. Dieses Moment ist eines von jenen, dessen Existenz nicht zu läugnen ist, das aber dennoch bis heute keine Anerkennung sich zu erringen im Stande war. Es begründet nämlich ein Interesse des Verletzten an der Bestrafung des Verbrechens, welches über die gemein bürgerliche Entschädigung und Genugthuung hinausgeht und ihm neben dem Staatsanwalte eine gewichtigere Stellung anzuweisen im Stande ist, als er in der That einnimmt. Seine Stellung sollte in jedem Verbrechen diejenige sein, welche sie in den sogenannten Privatverbrechen ist, denn jedes öffentliche Verbrechen ist zugleich auch Privatverbrechen, nur unter der besondern Bemerkung, daß bei öffentlichen Verbrechen das öffentliche Interesse das private überdeckt und einschließt, während es bei Privatverbrechen umgekehrt ist.

3. Das Verbrechen verletzt weiter irgend ein speziell-rechtliches Gut des Einzelnen und zwar entweder in einem materiellen oder in einem immateriellen Substrate und beides wieder entweder durch gänzliche Vernichtung des Rechtes oder durch Entziehung bloß einzelner abtrennbarer Aeußerungen desselben. Das Verbrechen äußert sich daher im konkreten Falle immer als wirkliche und zwar positive Verkleinerung des bisherigen Rechtsgebiethes oder doch wenigstens als verbrecherische Gefährdung desselben.

Diese drei Merkmale des Verbrechens bilden zusammen das

Rechtsmoment deſſelben, d. i. ſie ſtehen nach ihrer Weſenheit zum Begriffe des ſtrikten Rechtes in gerader Beziehung. Was man am Verbrechen noch entdeckt, haftet ihm zwar unzertrennbar an, aber es fällt aus der Behandlung des ſtrengen Rechtes heraus. Daher wird auch die Strafe, wenn man dieſelbe nur ſtrenge als Rechtsinſtitut denkt, nur auf das Rechtsmoment Bezug nehmen. Das Recht als Vernunftgeboth wird alſo wohl hiebei ſtehen bleiben; wird das aber auch der ſtrafende Staat thun dürfen? Straft denn der Staat nur des Rechtes halber, oder darf er wegen anderer Momente nicht auch die nämliche Strafe als Mittel gebrauchen? Er darf nicht nur, ſondern er muß. Denn das Recht iſt nicht die einzige Kulturbedingung, deren Pflege dem Staate obliegt, es gibt neben demſelben noch andere Bedingungen, für deren Erhaltung er zu ſorgen hat, derentwegen er daher, ſobald ſie ſich im Verbrechen als verletzt zeigen, reagiren muß. Nun hat aber er allein die Strafhandlung oder die Beſtrafung vorzunehmen, und ſonſt Niemand, daher muß auch ihm diejenige Wiſſenſchaft, welche von der Strafe handelt, d. i. die Rechtswiſſenſchaft jene anderen Bedingungen nachweiſen, und die Grundſätze angeben, nach denen ſie in der Strafe mit dem zuſammentreffenden Rechtsmomente die gehörige Behandlung erlangen können. Ja noch mehr, finden ſich im Verbrechen Momente, die ganz außer der ſtaatlichen Aufgabe liegen, ſo muß die Strafe immer noch ſo angelegt ſein, daß es den betreffenden Organismen möglich ſei, auch ihre Wirkſamkeit anbringen zu können; ſo insbeſondere die Kirche, denn der Staat im engeren Sinne hat auch für die Ermöglichung und Verwirklichung des Staates als äußere Form der menſchheitlichen Totalität zu ſorgen.

Dieſe weitern Bedingungen ſind nun:

4. Die Sittlichkeit. Das Verbrechen iſt ſchon ſeinem Namen nach ein Bruch der Sittlichkeit, eine ſittlich ſchuldhafte Handlung. Der Staat nun iſt nicht nur Rechtsſtaat, ſondern er iſt mehr noch ein ſittliches Weſen, welcher eine unſittliche Handlung als unſittlich aufweiſen und behandeln muß, ſowie er das Unrecht als das in ſich Richtige aufweiſt und behandelt. Wer ein Verbrechen begeht, beweiſt nicht nur, daß er ſeinen Willen auf die Verwirrung des ſubſtanziellen Rechtes faktiſch gerichtet hat, ſondern daß es ihm überdieß noch an der genügenden Kraft der freien ſittlichen Selbſtbeſtimmung gebricht. Während der Staat vermöge des Rechtes nur verlangt, der Bürger möge ſeine Handlung niemals gegen das Recht wenden, alſo äußerlich den Beſtand reſpektiren, wenn er auch

innerlich seinem Bewußtsein nach der gewißenloseste Mensch wäre, verlangt er nunmehr, nachdem der unsittliche Wille durch das Verbrechen einmal zum Durchbruche gekommen ist, und sich der Verbrecher hiedurch selbst dem Staate ausgeliefert hat, er solle auch sein unsittliches Bewußtsein ändern, denn der Staat als sittliches Eins leidet kein unsittliches Element in seinem Umfange. Die Reakzion gegen das unsittliche Moment hat daher das charakteristische Merkmal an sich, daß sie erst dann auftritt, wenn das Individuum damit die äußere Sphäre der Sittlichkeit, nämlich das Recht selbst betreten hat, ist dieses nicht der Fall, so schweigt allerdings der Staat und überläßt die Behandlung der unsittlichen Handlungen an sich der Kirche, der Polizei; der Gemeinde und der Familie, wohin sie ihrer Natur nach gehören.

5. Ein weiteres Moment des Verbrechens ist das der Rechtssicherheit. Der Verbrecher hat sich als dasjenige Subjekt ausgewiesen, das durch die Negazion des Rechtsprinzipes den Rechtsbestand aller einzelnen Theile des Staates in Frage gestellt hat. Für die Rechtssicherheit aller einzelnen Rechtssphären hat der Staat ebenfalls zu sorgen. Es ist dieses Moment ein polizeiliches, aber ein nicht minder wichtiges als die übrigen. Sein Endziel ist die Säuberung des Landes von verbrecherischen Individuen, die Pflege des Bewußtseins von Sicherheit und fürsorgendem Schutze vor Verbrechern und hiedurch die Verbreitung und Befestigung des allgemeinen Wohlbefindens. Es hat aber das polizeiliche Moment noch ein besonderes Theilmoment an sich, nämlich das der Vertheidigung. Der Verbrecher greift an; der Einzelne darf niemals Selbsthilfe anwenden, dafür aber vertheidigt ihn der Staat, indem er durch das Strafgesetz permanent gleichsam das Schwert der Gerechtigkeit schwingt. Der Verbrecher soll sich durch das stets wachende Gesetz abhalten lassen, und wenn er dennoch den Stoß gewagt hat, sich den moralischen Gegenstoß durch die Strafe gefallen lassen. Vertheidigung ist hier nicht in dem Sinne zu nehmen, als wolle man die drohende Verletzuug abhalten, denn die Strafe tritt darum ein, weil die Verletzung bereits vorüber, und eine Abhaltung oder Nothwehr nicht mehr denkbar ist, sondern in dem Sinne von Züchtigung durch Belegung mit einem empfindlichen Uebel, nach dem Grundsatze: Weil du geschlagen hast, wirst du auch geschlagen. Es ist die Talion in ihrer allein zuläßigen edlen Gestalt gemeint.

Alle bisherigen Momente sind solche, die zwar nicht alle in den Bereich des Rechtes, oder doch wenigstens nicht unmittelbar, wohl aber

in den Bereich der Staatsthätigkeit fallen. Die nächsten jedoch fallen außerhalb aller Staatsthätigkeit und in andere Kulturgebiete und zwar:

6. Das religiöse Moment. Das Verbrechen ist eine Sünde eine Verletzung des göttlichen Gebotes, das da befiehlt, sich dem Gesetze des Staates und der Kirche zu beugen. Die Strafe hat daher auch den Charakter der Buße und der Versöhnung mit Gott, sowie den der Religionserziehung für sich

7. Das gemeinbürgerliche Moment. Die Gemeinde lernt in dem Verbrecher einen Menschen kennen, der sich gegen die bürgerliche Ordnung aus Mißachtung des Gesetzes aufgelehnt hat. Er ist ein faules Glied in der politischen Gesellschaft und diese fordert von der Strafe, man möge ihr den Verbrecher als braven Staatsbürger zurückgeben, also als fleißigen, pflichtgetreuen, rechtlichen, soliden Mitbürger und Nachbarn.

8. Ein ferneres Moment kann das der Schule oder der allgemeinen Kultur sein. Es gibt zwar kein Verbrechen, das die Wissenschaft als solche verletzen könnte, aber wohl läßt sich neben der Rechtskultur, neben der sittlichen, der religiösen, der politischen Kultur noch jene Kultur oder allgemeine Bildung denken, welche die Schule liefert, und die abgesehen von Recht, Religion und Politik durch das Verbrechen als verletzt erscheint. Das Verbrechen ist eine Rohheit in der Gesellschaft, eine Gemeinheit, Schlechtigkeit, von der man sagt, sie verletze Jedermann, wodurch man eben ausdrücken will, daß die Verletzung von den genannten sittlichen Gebiethen unabhängig sein kann. Die Strafe liefert durch den Unterricht dasjenige, was fehlt, wofern sich dasselbe nachholen läßt. [1])

9. Durch das Verbrechen kann endlich noch dasjenige als verletzt erscheinen, was man die innere Sittlichkeit der Familie nennt, und welche in dem sittlichen Verhältniß besteht, daß die einzelnen Glieder derselben mit einem gemeinschaftlichen Bande umschließt, und aus dem Begriffe der Ehrbarkeit der Familie entspringt. Wer begreift, welche Bestürzung ein Verbrechen in der Familie herbeizuführen

[1]) Hat sich die Staatsverwaltung, wie z. B. in Oesterreich, den Schulunterricht für sich vorbehalten, so versteht es sich von selbst, daß sie der Strafe in dieser Richtung selbst auch die nöthige Einrichtung wird geben müßen; wogegen sie, wo das nicht der Fall ist z. B. in England und Belgien, denjenigen, welche sich mit dem Unterricht befaßen, den nöthigen Spielraum wird einzuräumen haben. Hier sind es vorzüglich wohlthätige Privatgesellschaften, denen sich ein würdiges Feld ihrer edlen und humanen Thätigkeit in den Strafanstalten eröffnet.

im Stande ist, wird auch das Vorhandensein der Verletzung begreifen, und die Strafe als Familienzucht ansehen.

Die Verletzungsmomente des Verbrechens sind daher übersichtlich folgende:

I. Solche die den Staat insbesondere berühren als:

1. Das Rechtsmoment. Dieses involvirt in sich wieder ein dreifaches Moment, wovon nur das erste zum Staate, die beiden andern aber zum verletzten Einzelnen in Beziehung stehen; es sind:

a. Die Idee der Gerechtigkeit, welche im Bewußtsein des Staates lebt.

b. Die Idee der Gerechtigkeit, die in dem Bewußtsein jedes Einzelnen lebt.

c. Die Integrität der Rechtssphäre des in concreto Verletzten.

2. Das Sittlichkeitsmoment.

3. Das rechtspolizeiliche Moment.

II. Solche, die den Staat nicht insbesondere berühren.

4. Das Religionsmoment.

5. Das staatsbürgerliche Moment.

6. Das allgemeine Kulturmoment.

7. Das familiäre Moment.

Nach dem bisher Gesagten ergibt sich nunmehr zweierlei als gewiß. Erstens vom Standpunkte der einfach referirenden Thatsächlichkeit, daß diese angeführten humanen Momente durch das Verbrechen verletzt sind, und zweitens vom Standpunkte des Staates als eines humanen Wesens, daß diese Verletzung nicht stehen bleiben darf, vielmehr durch irgend ein vernünftiges Mittel aufgehoben, ausgeglichen, und der vorige Zustand der Humanität hergestellt werden muß.

So gelangen wir zum dritten Punkte unserer Betrachtung, zur **Strafe**, denn diese ist jenes vernünftige Mittel. Wir wissen dadurch allerdings noch nichts über Inhalt und Form derselben, d. h. noch nichts über das Strafmittel, sondern nur über die Strafqualität, und mit dieser zugleich den Zweck derselben. Die Strafe muß irgend eine Einrichtung sein, welche im Stande ist, alle die in dem betreffenden Verbrechen verletzten sittlichen Momente insoweit in ihre frühere Integrität zu versetzen, als es menschenmöglich ist.

Eine Strafe, welche nur einem oder dem andern Gebiete mit Uebergehung der übrigen ein Genüge thut, ist zwar für jene Gebiethe

eine vollkommene, z. B. für das Recht, sie ist es aber nicht an sich nicht als humanes Institut, und nicht für den Staat, weil sich im wirklichen Leben der Menschheit und des Menschen die sittlichen Gebiethe nicht trennen lassen.

Eine Strafe daher, welche vollkommen heißen will, muß 1. der Gerechtigkeitsidee Genugthuung leisten. Die Gerechtigkeitsidee ist aber wie schon der Ausdruck Idee anzeigt, ein bloßer Gedanke, ein Bewußtsein an sich; die Genugthuung kann daher nicht in dem materiellen Inhalte der Strafe einen Ersatz oder eine Art Entschädigung suchen, vielmehr ist die Materie der Strafe für die Gerechtigkeitsidee gänzlich irrelevant. Die Strafe hat für dieselbe nur den Charakter der demonstrativen Manifestation zu Gunsten der Gerechtigkeit, also nur den Charakter eines Aktes, welcher das Bewußtsein, das Rechtsgefühl wieder wohlthuend befriedigt. Da hiedurch der Inhalt und die Form der Strafe so gänzlich unbestimmt ist, so kommt es auch, daß gerade hier, je nach dem Grade der Kultur, der geistigen Entwickelung und den Anschauungen eines Volkes in verschiedenen Zeitaltern gar so Verschiedenes zur Herstellung der Gerechtigkeit für nothwendig befunden wurde, von der Rache anzufangen durch die gräßlichen Todes- und Leibesstrafen hindurch bis auf unsere — unmenschlichen — Gefängnisse. Die nächste Stufe zu höherer Kultur wird jene sein, wonach humane Gefängnisse genügend erkannt werden, unser Rechtsgefühl zu befriedigen.[3])

In der Strafhandlung findet auch 2. der Einzelne die ihm schuldige Genugthuung, die befriedigte Rache im edlen, einzig zulässigen, in dieser Form aber auch ganz natürlichen und berechtigten Sinne. Sowie im ersten Punkte wird auch hier die Befriedigung nicht darin liegen, daß die Bestrafung in diesem oder jenem Uebel bestand, sondern überhaupt darin, daß der Verletzer bestraft worden ist.

Nur das 3. Rechtsmoment fixirt Inhalt und Form der ihm

---

[3]) Auch die Strafquantität ist von diesem Standpunkte aus gänzlich unbestimmt. Relativ läßt sich wohl zwischen den einzelnen Verbrechen, und in jedem Verbrechen nach der darin durch die Handlung zum Ausdrucke gelangten Quantität auch die Quantität der Strafe angeben, nicht aber an sich und absolut, und man muß nur die Stimme des Bewußtseins fragen, wenn man wissen will, ob und warum X Jahre Kerker für dieses X Verbrechen genug seien oder warum nicht. Daß hier die Ansichten nach Jahrhunderten verschieden sein können, ist klar, ebenso, daß es in jedem Denkgebiethe Dinge gibt, bei deren Beantwortung man sich auf die Stimme eines geläuterten edlen und humanen Gefühles verlassen muß.

gebührenden Wiederherstellung, denn diese besteht in der vollen Entschädigung des am verletzten Rechte verursachten positiven und negativen Schadens, und zwar nach einem numerisch darstellbaren Werthe oder nach einer idealen Form des Werthes.

4. Dem Sittlichkeitsmomente entspricht als Strafzweck die Besserung des Verbrechers. Es ist nicht genug, und entspricht der Humanität nicht gänzlich, wenn der Staatsbürger durch das Gesetz gewarnt, durch die Strafe abgeschreckt weitere Verbrechen eben nur unterläßt, obgleich er innerlich, in seinem Bewußtsein noch immer das Recht und andere sittliche Grundlagen negirt; es ist vielmehr weitaus wichtiger, daß er das Verbrechen aus Ueberzeugung unterläßt, die Erlangung derselben ist Zweck der Strafe, und heißt die Besserung.

5. Dem rechtspolizeilichen Momente entspricht die Säuberung des Landes von Verbrechern, die Beförderung des Gefühles von Sicherheit, und hiedurch des Wohles durch den Gedanken, daß der Staat kein Verbrechen unerforscht und ungestraft läßt, daß er stets mit der nämlichen Spannung wacht, und niemals in Schlendrian und Gleichgiltigkeit gegen Rechtsverletzungen verfällt.

6. Dem religiösen Momente entspricht die Strafe dadurch, daß die kirchlichen Organe Zutritt zu dem Verbrecher erhalten, um in ihm auch von diesem Standpunkte die Versöhnung mit Gott herbeizuführen, die vernachlässigte Religion herzustellen.

7. Dem gemeinbürgerlichen Momente entspricht die Abschreckung. Die Gemeinde im Staate wünscht nichts mehr als nur: daß der Staatsbürger die Begehung von Verbrechen unterlasse, daß er rechtlich gebessert dastehe, die sittliche Besserung kann sie und wird sie verwirklicht wünschen; ein Recht, sie zu verwirklichen, hat sie nicht. Dieses Recht hat der Staat. Diese Abschreckung soll sich in zweifacher Beziehung, zuerst rechtlich am Verbrecher bezüglich seines künftigen Erdenlebens, und dann polizeilich an den übrigen rechtsgefährlichen Individuen vollziehen.

8. Ein weiterer Zweck der Strafe ist die Beförderung der allgemeinen Kultur, durch Vervollkommnung und Verfeinerung der Sitte, wofern überhaupt dem Menschen durch die Strafe Mittel zu Gebote stehen, hierin zu wirken, denn nicht alle Verbrecher sind ungebildet. Es werden daher recht leicht Fälle eintreten können, wo es dem Menschen unmöglich wird, durch die Interessen der Schule zu wirken, wenn es sittliche oder religiöse Bildung nicht thun. Doch werden diese schwierigen Fälle seltener sein, und immerhin wird Wissenschaft und Kunst

ein Mittel sein, die vernachlässigte Kultur innerhalb des Strafmittels zu ersetzen.

9. Endlich ist die Strafe eine *Familienzucht*, falls der Verbrecher noch einer Familie verbunden ist, und der Staat soll das Verlangen der Familie, falls es von besonderem Inhalte ist, und es dem durch das Recht in der Strafe gezogenen Rahmen nicht widerspricht, erfüllen; hat der Verbrecher keine Familie, so ersetzt der Staat an der verfehlten, vernachlässigten Erziehung, was zu ersetzen ist, *wenn* es überhaupt möglich ist, hier etwas zu ersetzen.

Was ist also Strafzweck? Ist es das Recht, die Sittlichkeit, die Religion u. s. w.? Weder eines noch das andere allein, obgleich jedes für sein eigenes sittliches Gebiet, sondern alle zusammen; *der Zweck der Strafe ist die Aufhebung aller einzelnen Verletzungsmomente, also die Herstellung der Humanität sowohl in der Person des Verbrechers, als in der Gesellschaft innerhalb des durch das Prinzip des Rechtes gelegten Umfanges.*

Eben so wenig läßt sich sagen, welcher von den einzelnen Zwecken der wichtigere sei; sie sind für die praktische Existenz gleich wichtig und unentbehrlich, *bedingt ist aber die Strafe einzig und allein durch das Recht*. Der Rechtsbegriff setzt die Grenzen, innerhalb welcher allerdings die übrigen Zwecke ihre Erfüllung finden, und in so fern ist die Gerechtigkeit wohl das Begründende, und kann als solches werthgeschätzt werden; so weit aber als die Gerechtigkeit, nämlich die Bedingung der Strafe, reicht, in so weit stehen sich die sittlichen Zwecke vollkommen gleich. Darum ist der Streit zwischen den absoluten und relativen Theorien dann ein müssiger, wenn er dahin geht, wie der *Strafzweck* heißen soll; nur was die Grundbedingung der Strafe, die begriffsmäßige Begründung der Strafbehandlung durch den Staat betrifft, entscheidet den Begriff der Gerechtigkeit, oder die absolute Theorie. Der Fehler liegt darin, daß man den Zweck, den man mit einem Mittel zu erreichen trachtet, immer verwechselt hat mit *seiner* rechtfertigenden Ursache, dieses Mittel anwenden zu dürfen. Denn, wenn auch der Rechtsgrund die Strafe hervorruft, so folgt daraus noch nicht, daß er ausschließend den Zweck der Strafe bestimmt.

Der Rechtsgrund der Strafe dient ja eben nur dazu, den Staat dahin zu rechtfertigen, daß er strafen könne, dürfe und müsse. Er *verbietet* ihm aber nicht, die Strafe auch noch zu Zwecken zu gebrauchen, die ebenfalls im Wesen desselben liegen. Wem gestattet ist, Waf-

fen zum Behufe der Jagdausübung zu tragen, dem ist durch diese Gestattung gewiß nicht verboten, das geschossene Wild zu verzehren, und sich satt zu machen, den Pelz zu verkaufen und sich mit dem Erlöse zu sustentiren, den Pelz an den Körper zu legen und sich damit zu kleiden, sich durch die Jagd zu vergnügen u. s. w., und doch ist die Jagdausübung eine Handlung, die, als Ganzes aufgefaßt, alle diese Zwecke zu erfüllen hat, da sie nach der Natur der Dinge unzertrennlich gesetzt sind.

Nun ist das Recht ein Theilbegriff der Humanität; wer in Hinsicht auf Verbrechen Recht setzt, setzt es nicht als solches, sondern als Humanität[1]); darum ist auch das Unrecht im Verbrechen nicht als solches zu repariren. Das Unrecht, welches einmal geschehen ist, läßt sich als Unrecht niemals ungeschehen machen, d. h. es kann niemals sich zum Rechte umkehren, und von einer Herstellung des status quo ante kann keine Rede sein; in diesem Falle müßte jede Bestrafung als etwas Unnützes entfallen, denn sie erreicht ihren Zweck nie. Steht dagegen das Recht als Theilbegriff der Humanität da, so ist die Humanität als Ganzes seine Voraussetzung, und es liegen dann alle übrigen Theilbegriffe mit ihm zugleich vor, und müssen berücksichtigt werden, wenn sie im Verbrechen mitberührt wurden. Daher machen wir den Schluß, daß: Sittlichkeit, Religion, Kultur, Sicherheit im Rechte mitenthalten seien, wenn sie sich auch nicht in allen Rechtserscheinungen wirksam zeigen. Aber gerade im Verbrechen sind sie es, und daher muß auch die Strafe ihre Momente in sich aufnehmen, mit anderen Worten: die Strafe muß nicht nur gerecht, sondern auch überhaupt human sein.

---

[1]) Das ist der große Fortschritt des neueren Strafrechtes, daß es aus der beschränkten Auffassung des Privatrechtes und dessen Verletzung zu jener der Idee aufgestiegen ist, wodurch erst die absolute Theorie ihre eigentliche Bedeutung erhalten hat. Man nennt jene Theorien, die auf Abschreckung, Besserung, Züchtigung ꝛc. zielen, die relativen, aber mit Unrecht, denn sie sind es nur dann, und nur in so ferne, als sie dem Rechtszwecke aus Gründen des allgemeinen Wohles und einer gleichsam nebenherlaufenden Zweckmäßigkeit entweder koordinirt oder subordinirt, jedenfalls nur von außen mechanisch zugefügt werden; steigt man zu der ihnen zu Grunde liegenden Idee empor, das ist zur Sittlichkeit, Sicherheit, Religion ꝛc., so fällt ihre Verwandtschaft zur Rechtsidee von selbst in die Augen. Sie sind dann als Ideen eben so absolut, wie die Rechtsidee, denn diese selbst ist nicht darum absolut, weil sie Recht, sondern weil sie Idee ist. So merkt man, daß alle Strafzwecke aus der gemeinschaftlichen Quelle, d. i. der Humanität, ihren Ursprung haben, und daß sie dann, wenn sie sich in der Praxis begegnen, in ihrer Vereinigung noch keine Relativität bewirken, sondern umgekehrt, daß sie die Ewigkeit ihres Wesens nur noch deutlicher veranschaulichen.

Nunmehr ist es unsere Aufgabe, zu untersuchen, welche Eigenschaften man vom Strafmittel fordert, damit es allen humanen Anforderungen genügt. Doch ehe wir hiezu schreiten, wollen wir zusehen, welche Strafmitteln seit Anbeginn der Zeiten, und aus welchen Motiven sie angewendet worden sind.

III. Geschichte der Strafmittel.

Jedes Mittel ist der sinnliche Ausdruck seines Zweckes. Sinn und Verständniß desselben ist daher nur durch die Kenntniß des Zweckes bedingt, ja noch mehr, im Zwecke liegt die Existenz des Mittels.

So hängt denn auch das Strafmittel durch und durch nur von jener Anschauung ab, die man von dem Strafzwecke hegt. Die Lehre vom Strafzwecke ist daher auch die nothwendige Voraussetzung zur Lehre von den Strafmitteln. So ist es seit Anbeginn des Strafrechtes gewesen, und so ist es heute noch, auch bei den rohesten Völkern, wofern bei ihnen überhaupt nur gestraft wird. Zieht man den Zweckgedanken des Strafmittels in den Vordergrund und nennt man ihn Theorie; so muß man behaupten, daß jedes Volk, welches Strafe kennt, auch eine Straftheorie hat. Noch nie ist nur so in's Blaue hinein, ohne irgend ein inneres Bewußtsein, gestraft worden, denn der Begriff Mittel ist ohne den Begriff Zweck eine logische Unmöglichkeit. Nun gibt es aber auf Erden kein einziges Volk, dem der Begriff der Strafe, und wenn sie auch als rohe Vergeltung aufträte, unbekannt geblieben wäre; — darum ist auch die Straftheorie ein Naturgesetz im Strafrechte, weil sie eben von der Strafe nicht zu trennen ist.

Das Bewußtsein vom Zwecke ist allerdings in den verschiedensten Gestalten aufgetreten, und ist unter den Völkern noch immer sehr verschieden; aber das macht eben die Geschichte der Strafmittel interessant, weil darin der Gedanke der Völker zum sichtbaren Ausdrucke kommt, denn da erkennt man die Stufen vom rohesten Akte bis zur humanen Vervollkommnung, je nachdem das Bewußtsein vom Strafzwecke, vom bloßen Gefühle zu immer deutlicherem Wissen, immer sittlicherer Klarheit stufenweise fortschreitet, da sieht man, wie das System der Strafmittel einerseits der Ausdruck der jedesmaligen Kultur, andererseits für den Denker ein Fingerzeig des inneliegenden Gedankens und Naturgesetzes ist; hier kann man verfolgen, wie das Strafgesetz immer humaner wird, je humaner die Anschauungen über den Strafzweck selbst geworden sind. Durch ein von dieser Seite unternommenes Studium der

Strafmittel hat man im Gegensatze zu dem blos mechanischen, gedankenlosen Aufzählen derselben den wahren praktischen Werth der Strafzwecklehre eingesehen, denn ohne sie ist die Straftheorie eben nur graue Theorie. Dadurch wird die Strafe erst zu dem, was sie eigentlich sein soll, zu einem humanen Institute, das die frühere, von Jedermann gescheute Fürchterlichkeit mit der Eigenschaft einer Wohlthat vertauscht hat. So wie dieses weit fruchtbarere Studium, ist auch das humane Strafsystem wenigstens auf dem Felde der Doktrin neuesten Datums, denn es gehört erst diesem Jahrhunderte an. Wie lange ist es her, daß man Daumschrauben, Brenneisen, Schienen u. dergl. abgeschafft hat, und wie viele Rohheiten bergen unsere Strafgesetzbücher noch? So lange hat der humane Gedanke gebraucht, ehe er durch all' den Sumpf der Unkultur bis zur Reinheit der Erkenntniß hinübergewatet ist! Nunmehr die Erkenntniß da ist, ist auch die Aufgabe des nächsten Jahrhundertes gekennzeichnet, nämlich: die Strafgesetze von den noch anklebenden Rohheiten (Todesstrafe, Oeffentlichkeit der Strafen, körperliche Züchtigung, Ehrenstrafen und andere) zu befreien. Und trotz alledem war doch die einzig wahre Theorie, nämlich die absolute Gerechtigkeitstheorie, zu allen Zeiten und bei allen Völkern die einzig bestimmende, das Naturgesetz. Möge sich der Strafzweck im Laufe der Geschichte unter welchem Namen immer versteckt haben, selbst unter jenem der verschiedenen relativen Theorien; möge man auch behaupten, daß das römische Recht von den politischen Beziehungen der Strafe, das kanonische von der sittlichen Idee der Buße, das deutsche von der nur die materielle Rechtsverletzung berücksichtigenden Privatrache ausgegangen sei; möge man den Strafzweck Abschreckung, Besserung, Prävention oder wie immer nennen: überall liegt denn doch das Bewußtsein von der absoluten Nothwendigkeit der Strafe, also die Gerechtigkeit und die Gerechtigkeitstheorie zu Grunde. Der Unterschied ist nur der, daß man heute die Lehre von allen Zuthaten befreit und rein dargestellt hat, und daß man dadurch im Stande gewesen ist, sie bei ihrem wahren Namen zu nennen, während sie früher unter dem Wuste aller möglichen Formen versteckt lag und nur dunkel geahnt werden konnte.

Von dieser Anschauung haben wir uns bei dem Studium der Geschichte der Strafmittel leiten lassen, und halten sie für das Verständniß derselben für nothwendig.

1. Römisches Recht.

Der an Momenten so reiche Begriff der Strafe hat nicht verfehlt, auch in der Geschichte die größte Mannigfaltigkeit zu Tage zu fördern. Wir finden, daß an der Strafe verschiedene Seiten ihres Begriffes hervortreten, je nachdem die verschiedenen Bildungsstufen und Qualitäten bei verschiedenen Völkern, je nachdem nationale oder weltgeschichtliche Elemente vor den übrigen wirksam waren. So war es denn auch bei den Römern. Wenn man ihrem Bewußtsein von dem Strafzwecke die Richtung auf das politische Wohl der respublica als alleinigen Inhalt unterschiebt, so hat man immerhin eine allgemeine und zutreffende Charakteristik des römischen Strafzweckes geliefert, aber dieselbe gewiß nicht erschöpft. Die römischen Juristen waren lauter Praktiker, und darum hatten sie auch stets nur die praktische Bedeutung der Strafe vor Augen, jedoch nicht in der gemeinen Anschauung einer Polizeimaßregel, ihr Gedanke war ein höherer, ein edlerer, nur hat es Niemand unternommen, denselben in eine Lehre zu fassen und im Kodex niederzulegen. Das theoretische Bedürfniß existirte eben nicht, und darum finden wir auch, daß sie bald da bald dort mit einer Art Nachlässigkeit vom Strafzwecke sprechen.

Von einer abgerundeten Straftheorie ist daher selbstverständlich gar keine Rede. Dazu kommt der durchschlagende Unterschied zwischen dem öffentlichen und dem Privatstrafrechte. Nur bezüglich des ersteren ist die Rede von Strafe und vom Strafzwecke, was gerade zum Beweise dient, daß die Verletzung der Allgemeinheit das charakteristische Kriterion desselben auch schon bei den Römern war, und nicht die Rechtsverletzung an sich, und daß daher das Verbrechen einen Bezug auf das Ganze des Staates hatte. Daß im Privatverbrechen auch die Allgemeinheit mit verletzt erscheine, erkannten sie nicht, und kümmerten sich daher auch nicht darum.

Was nun die öffentlichen Verbrechen anbetrifft, so waren sie von der Nothwendigkeit der Strafe, und zwar gerade nur durch den Staat, weil er der Verletzte war, so durchdrungen, daß die Begründung derselben für eine höchst überflüßige Arbeit angesehen wurde, die bei dem praktischen Sinne der Römer um so weniger zu erwarten war. Wo aber immer vom Strafzwecke die Rede war, dort sticht überall der Begriff der Gerechtigkeit hervor. Die Römer sind wegen ihres unerschüt-

den und seinen Rechtsgefühles rühmlichst bekannt. Gerechtigkeit war ein Hauptfundament des Staates.

Dieser Umstand verlieh dem Strafrechte jene ausschließlich poli- Richtung, die ihnen theoretisch zum Vorwurf gemacht werden aber darin ihre Erklärung findet, daß sich ihnen der Begriff der heit vor dem Begriffe des politischen Gebäudes verbarg. Darum das Wohl der respublica der vorwiegende Strafzweck. Von sub- en, menschlichen Rücksichten, wie: Abschreckung oder Besserung, noch weniger die Rede. Daher war auch die Strafe nur ein Recht, eine Pflicht, und konnte leicht entfallen, wenn der Bestand des tes nicht darunter litt. Die Nothwendigkeit der Form ließ sie die vergessen [1]).

Was die Privatverbrechen anbelangt, so legten sie in den dieser- eröffneten Prozeß außer dem bürgerlichen noch ein weiteres Mo- hinein, und die Entschädigung war keine bloß zivilrechtliche, sie zu, daß dem Privaten auch weiter eine Genugthuung für erlit- Unrecht gebühre [2]), so, daß die Entschädigung recht wohl Privat- heißen kann, nur erhoben sie dies niemals über die individuelle re zu abstrakter und allgemeiner Geltung. Der Private war ihnen e Privatverbrechen eben so ein abgeschlossenes Gebiet, wie der für die Staatsverbrechen, und es wäre eben so richtig, zu be- n, daß der Staat für die ihn verletzenden Verbrechen als ein ter handelte.

Bei der Darstellung der römischen Strafmittel wird somit die Strafe ganz aus dem Spiele bleiben müssen.

---

reffend ist, was Rein (Krim. R. d. Römer, S. 82) hierüber sagt: „Sicher- it des Staates und Erfüllung der Gerechtigkeit lassen sich als Grund der trafe für die ganze spätere Zeit verfolgen, jedoch dergestalt, daß der zweite edanke sich allmälig zur freieren Selbstständigkeit emporarbeitet, wenn man ch im Verlaufe der Zeit zu der Erfahrung gelangt war, daß die Strafen ch andere Folgen hätten, so z. B. daß sie wirksam seien, die andern Men- en abzuschrecken und vor dem bösen Beispiel zu warnen, den Verbrecher bessern oder von ähnlichen Vergehungen abzuhalten u. dergl. m. Allein s Erwähnungen solcher Strafwirkungen folgt nicht, daß die Römer irgend ne der heute sogenannten relativen Theorien gekannt und gutgeheißen hät- n, sondern es ist nichts anderes sicher, als daß Philosophen und Juristen ehrere Folgen und Wirkungen der Strafe kennen gelernt hatten, und daß in Rücksicht darauf bei manchen Verbrechen, je nachdem es passend schien, r Erreichung eines Zweckes Modifikationen der Strafen eintreten ließen, ne irgend einem Strafzwecke den Vorzug zu geben." — Siehe auch Köst- n (Gesch. des deutschen Strfr., S. 39 u. ff. Sein Lehrbuch, S. 417 und 18). Ferner Welcker (Letzte Gründe des Strafrechtes, S. 450 u. ff.).

aß die Römer das kriminelle Moment in den Privatverbrechen wohl kann- a. beweist schon der Ausdruck delicta privata, poena privata.

Wenn das römiſche Straffyſtem auch im Verlaufe der Geſchichte mannigfache Veränderungen erlitt, ſo bleibt doch die dreifache Eintheilung in Kapitalſtrafen, in ſchwere und in geringe Strafen für alle Zeiten eine richtige.

Dieſe Eintheilung beruht auf der ſpezifiſch-römiſchen Idee von der bürgerlichen Achtung (civitas, existimatio). Ging dieſe ganz und gar und für immer verloren, d. h. wurde die Nichtexiſtenz des Verbrechers (die phyſiſche oder bürgerliche) auf das Verbrechen geſetzt (capitis deminutio), ſo war das die poena capitalis; wurde die civitas nur geſchmälert (infamia juris, minutio existimationis), was wieder in verſchiedenem Grade geſchehen konnte, ſo war das die poena, quae ad existimationem, non ad capitis periculum pertinet; blieb endlich die existimatio ganz unverletzt, ſo war das die poena minima.

Eine weitere, für das Syſtem der Strafen wichtigere Eintheilung iſt jene in Strafen für honestiores und inferiores personas, endlich die in Haupt- und in akzeſſoriſche Strafen, Eintheilungen, welche wir bei der Aufzählung der Strafmittel berückſichtigen wollen.

A. Die Kapitalſtrafen (poena capitalis). Unter Kapitalſtrafe verſteht das römiſche Recht diejenige Strafe, welche die Nicht-Exiſtenz des Verbrechers ausſpricht. Dieſe kann eine doppelte ſein: die phyſiſche, durch die Vernichtung des Lebens, alſo die Todesſtrafe, welche als die ſchwerſte von allen den bürgerlichen Tod mit in ſich ſchloß; oder die blos bürgerliche, welche zwar das Leben unverletzt läßt, dagegen die bürgerliche Geltung des Verbrechers, die civitas, gänzlich aufhebt. Dieſer Begriff der poena capitalis war der in der juriſtiſchen Doktrin durch die ganze Geſchichte hindurch giltige; im gewöhnlichen Leben hingegen verſtand man allerdings unter poena capitalis alle jene Strafen, welche der existimatio ſchadeten, und da alle Strafen, welche in Folge eines crimen publicum durch das judicium publicum verhängt wurden, dem guten Rufe ſchadeten, ſo ſind auch vom gemeinen Volke alle öffentlichen Strafen Kapitalſtrafen genannt worden. In dieſem Sinne iſt der Ausdruck ſelbſt in offiziellen Kreiſen und auf der Rednerbühne gebraucht worden. Zur Kaiſerzeit hingegen iſt der Begriff Kapitalſtrafe wieder unter den doktrinellen herab, aber auch nur in nicht ſtreng juriſtiſchen Kreiſen eingeengt worden, und man verſtand darunter ſtreng nur die phyſiſche Todesſtrafe [1]).

[1]) Die Erklärung, daß ſich dieſer engere Begriff herausbilden konnte, liegt in der Häufigkeit und Grauſamkeit der zur Kaiſerzeit angewendeten Todesſtrafen, die dann einen eigenen Gegenſatz zu den übrigen Kapitalſtrafen bildeten.

Ulpian (l. 2. pr. D. de poenis. 48, 19) drückt die doktrinelle Definition so aus: „Rei capitalis damnatum sic accipere debemus, ex qua causa damnato vel mors, vel civitatis amissio vel servitus contingit;“ während Modestinus (l. 103. D. de verborum significatione 50, 16) so auf den populären Begriff anspielt: „Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.“ — Der engste Begriff endlich wird am klarsten in folgenden zwei Stellen des Codex ausgedrückt (l. 6. C. ad legem Julian. 9, 12): „..... non jam relegatione, aut deportatione insulae plectatur, sed supplicium capitale excipiat“ ... dann (l. 10. C. de bonis proscriptorum 9. 49); „Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem poenam deportationemve sustineat.“

Die ziemliche Reihe der verschiedenartigen Kapitalstrafen, welche übrigens erst zur Kaiserzeit, Dank Cäsar'schem Erfindungsgeiste, aufgestellt wurden, kam nur nach gewissen Rücksichten für personas honestiores und humiliores zur Anwendung; zur Zeit der Republik kannte man natürlich diesen Unterschied nicht. Seit den XII Tafeln bis zum Ende der Republik setzte man ohne jedweden Unterschied die Todesstrafe [1]), wenn ausdrücklich auf perduellio geklagt worden war, und die aquae et ignis interdictio auf die übrigen Kapitalverbrechen, die letztere Strafe war nur ein Pseudotyp für die Todesstrafe, welcher der Verurtheilte jedoch durch das freiwillige exilium entgehen konnte. Damit war noch die Vermögenskonfiskation und die servitus poenae, d. i. Sklaverei, stillschweigend verbunden [2]). Aus dieser Strafe entwickelte sich später die deportatio mit den nämlichen Folgen, und war nichts anderes, als auch das exilium, aber das nothwendige, die Konfiskation blieb mit einigen Abänderungen (davon siehe weiter unten), die servitus poenae hingegen wurde in Novella 22, cap. 8 durch Justinian aufgehoben.

---

[1]) Die ursprüngliche Todesstrafe für perduelles war Herabstürzen vom tarpejischen Felsen, doch trat bald die decollatio (Enthauptung) an die Stelle. Unter Tiberius jedoch kamen Fälle vor, wo Inzest und Zauberei durch Herabsturz bestraft wurde. Hieher gehört die Stelle (l. 25, §. 1, D. de poen. 48, 49): „Non potest quis sic damnari, ut de saxo praecipitetur.“

[2]) Doch ist Sklaverei nicht dahin zu verstehen, daß der Freie irgend Jemandes Eigenthum wird, sondern verkehrt; war er Sklave eines Herrn, so hört er sogar auf es zu sein (l. 8. §. 12. D. de poenis. 48, 19), denn durch die Verurtheilung wird er überhaupt der libertas verlustig und gleichsam Sklave seiner Strafe oder des Gesetzes, daher der Ausdruck servitus poenae. Die Sklaverei bezieht sich hier mehr auf die damit verbundenen Rechtsfolgen.

Zur Kaiserzeit blieben beide diese Kapitalstrafen, nämlich die Todesstrafe (in früherer Zeit durch das Beil des Liktoren, späterhin durch das Schwert) und dann die deportatio, aber sie waren nur für honestiores bestimmt, und selbst da scheint es, habe man noch zwischen solchen honestiores unterschieden, welche nach Modestinus (l. 16. D. ad leg. Cornel. 48, 8) „in honori aliquo positi sunt," also Würdenträger, und „qui secundo gradu sunt," erstere „deportari solent", letztere „capite puniuntur"[1]). — Der Tod für honestiores und die deportatio stand auf Verrätherei, Empörung, Abfall und auf alle jene Verbrechen, welche man mit dem Ausdrucke perduellio umfaßte, außerdem auf Mord, Inzest, Ehebruch, plagium, raptus, falsum etc.

Alle übrigen Strafen galten für humiliores. Es waren 1. der Tod in der verschiedensten Form und für verschiedene Verbrechen.

a) Das Verbrennen[2]) für hostes et transfugae, insbesondere auch für Sklaven, die ihrem Herrn nach dem Leben streben, oder Plebejer, dann für Brandstifter.

b) Die Kreuzigung, crux, eine Strafe, die aus dem früheren Aufhängen an den arbor infelix entstand. Später, unter Konstantin, wurde sie abgeschafft und dafür die furca[3]), d. h. Galgen, eingeführt. Sie stand auf Land- und Seeraub, auf das falsum, Aufruhr, Meuchelmord.

c) Die Zirkusstrafe in der vierfachen Form des bestiis objici, des gladius, des ludus venatorius und gladiatorius, wovon die beiden ersteren für härter, die beiden letzteren für gelinder angesehen wurden. Diese Strafe stand auf die meisten Verbrechen: auf Diebstahl, Raub, plagium, stellionatus, vis, incendium, falsum u. s. w., und bestand in der Vorwerfung vor wilde Thiere, oder im Kampfe mit einem hölzernen oder stumpfen Schwert gegen ein eisernes, geschliffenes, im Kampfe mit wilden Thieren, endlich im gleichen Kampfe mit Menschen[4]).

---

[1]) Eben so sagt Marcianus (l. 3. §. 5. D. de leg. Cornel. 48. 8): ... „sed solent hodie capite puniri, nisi honestiores loco positi fuerint, quam ut poenam legis (offenbar die Hinrichtung) sustineant; humiliores enim solent vel bestiis subjici, altiores vero deportantur in insulam."

[2]) L. 8. §. 2. D. de poen. 48. 19, so auch ebenda: l. 9. § 11, l. 28. §§. 11 und 12.

[3]) Ebenda l. 28. §. 15, l. 38. §. 1. u. a.

[4]) Mit Konstantin hörte die Strafe ad gladium und ad ludum glad. gesetzlich auf (l. 1. C. de gladiat. 11. 43): „Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent, quapropter omnino gladiatores esse prohibemus."

d) Das Erdroſſeln, laqueus, kam ſeltener vor, meiſt als Mittel niederträchtiger Intrigue, was ſchon daran kenntlich iſt, daß es geheim im Kerker geſchah. Meiſt bei Hochverrath. Wurde auch zur Kaiſerzeit abgeſchafft.

e) Das Lebendigbegraben endlich und das Säcken waren Strafen, welche ſpeziell nur bei Veſtalinen, die ihr Gelübde verletzten, und bei parricidis vorkamen.

Entſprechend der deportatio der Vornehmeren war 2. das opus publicum für die Gemeineren, d. i. eine Strafe, welche außer der Vernichtung der Zivität alle übrigen Folgen der Kapitalſtrafe an ſich trug. Es iſt hierher a) die Bergwerksarbeit, damnatio in metallum, zu zählen. Andere zählen hierher auch die Zirkusſtrafen, welche wir jedoch unter die Todesſtrafen ſetzten. Opus publicum heißt zwar eigentlich die Zwangsarbeit in den öffentlichen Anſtalten, und in ſo fern kann auch die Zirkusſtrafe hierher zählen, allein ihre Natur iſt eine ſolche geweſen, daß ſie den Tod ſtets in ſichere Perſpektive ſtellte, und ſie daher ihre Einreihung unter die Todesſtrafen eher verdient, als hierher.

Darin ſtanden ſich die Zirkusſtrafe und die Bergwerksarbeit gleich, daß ſie den Sträfling binnen Kurzem umgebracht haben. Der Unterſchied iſt alſo freilich nur der, daß bei der Zirkusſtrafe der Tod implicite mit ausgeſprochen war, während er bei der Bergwerksarbeit blos als Folge der harten Arbeit angeſehen werden mußte. Es ſprechen aber die Quellen noch neben opus in metallum und neben ludus gladiatorius von einem opus publicum perpetuum als Kapitalſtrafe. Darunter meinen ſie b) öffentliche Arbeiten im eng. Sinne, d. i. Hilfsarbeiten und leichtere Verrichtungen in Bergwerken (das ſogenannte ministerium metallicorum, eine Strafe, welche insbeſondere den Weibern und ſchwächlichen zarteren Männern diktirt wurde) und Hilfsarbeiten bei öffentlichen Bauten.

Es gab zwei Grade der Bergwerksarbeit, einen ſchwereren und einen leichteren, condemnatio ad metalla und ad opus metalli. Der Unterſchied lag in ſchwereren und leichteren Feſſeln, welche angelegt wurden[1]); ein fernerer Unterſchied lag in der Zeit, denn man konnte entweder auf zehnjährige oder auf lebenslängliche Grubenarbeit (ad metalla) erkennen.

---

[1]) Siehe l. 8. §§. 4, 5, 6 und 7. D. de poenis. 48. 19.

Es braucht wohl kaum eine besondere Erwähnung daß die bisher genannten Strafarten stets als Hauptstrafen verhängt wurden, weil sich dies bei den Todes- und Kapitalstrafen schon dem Begriffe nach von selbst versteht.

Alle übrigen Strafarten gehören zu den nicht kapitalen, sie scheiden sich aber wieder dadurch in zwei Abtheilungen, daß die schwereren mit minutio existimationis verbunden sind, während bei den geringeren der gute Ruf unversehrt bleibt.

B. Die nichtkapitalen Strafen mit der minutio sind dreifach: Leibes- Freiheits- und Ehrenstrafen.

1. Die Leibesstrafen waren: a) Die Verstümmelung, membri amputatio eine Erfindung der Kaiserzeit, war früher verboten und wurde selbst in späterer Zeit seltener angewendet. Sie bestand bald im Abhauen eines Fußes z. B. bei flüchtigen Sklaven oder Ueberläufern in der Armee, im Abhauen der Hand bei Diebstählen und Münzfälschungen, in Kastration wegen Unzuchtsvergehen, in der Talio d. h. in der Verletzung desselben Gliedes, welches der Verbrecher verletzte, im Einbrennen eines entehrenden Zeichens auf die Stirn (z. B. des K. für den Kalumniator), im Zerschmettern eines Gliedes. Obgleich diese Strafen selten zur Ausführung kamen, und wohl meist aus der blutdürstigen Grausamkeit der Kaiser oder aus der Willkühr übermüthiger Beamten entsprangen, [1]) so fühlte sich Justinian dennoch bewogen sie insgesammt bis auf das bloße Handabhauen durch ein besonderes Gesetz abzuschaffen. [2])

b). Die körperliche Züchtigung. Diese ist nach l. 7 D. de poen. 48, 18 eine dreifache: entweder die Stockprügel Fustium ad-

---

[1]) Sowie verschiedene andere Scheußlichkeiten, z. B. Eingießen von Blei, Einpreßen in eine Art spanischen Stiefel, Schlagen mit scharfen bleibeschwerten Geißeln u. s. w.

[2]) L. 3. C. De servis Fugitivis. 6. 1. dann Nov. 134. caput ultim., das die Ueberschrift führt: De poenarum omnium moderatione. „Quia vero nos oportet humani generis infirmitatem protegere, corporales poenas secundum aliquas partes imminuentes interdicimus alterutras manus aut pedes abscindi, aut hujusmodi quaedam inferri supplicia per quae articuli dissolvuntur, quia membrorum dissolutio gravior es utriusque manus abscissione. Propter quod jubemus, si quidem tale aliquid delinquatur, unde leges mortem delinquentibus inferunt, secundum legum virtutem sustinere eum poenas. Si vero tale fuerit crimen, quod morte dignum non sit, ipse aut castigetur, aut in exilium transmittatur. Si vero criminis qualitas membri abscissionem exigat fieri, unam solam manum abscindi. Pro furto autem nolumus omnino quodlibet membrum abscindi, aut mori, sed aliter eum castigari.“

monitio, oder die Ruthe Flagellorum castigatio, oder die vinculorum verberatio d. h. Schläge im Gefängniße.

Die körperliche Züchtigung kam nur bei Sklaven und bei Freien, welche humiliores waren in Anwendung, aber selbst da noch mit dem Unterschiede, daß die Flagellatio die schimpflichste von allen, den Sklaven für das nämliche Vergehen diktirt wurde, für welches der Freie die Fustigatio erlitt, und wo dieser nach der Züchtigung in opus publicum verdammt wurde, wurde der Sklave sub poena vinculorum mit Ruthen geschlagen [1]). Ebenso war die Fustigatio bis zum Tode, oder nur die Flagellatio eine häufige Strafe für den Diebstahl der Soldaten im Lager oder in der Kaserne. Ferner wegen kulposen Brandes [2]), wegen Liebstahls. Injurien u. m. a.

2. Freiheitsstrafen waren dreierlei: a) Die bloß zeitliche Verurtheilung zu opus metalli zum ministerium metallicorum oder einem andern opus publicum, b) das exilium in ihren milderen Formen. Man unterschied im Allgemeinen fünf Grade des Exils: die in insulam deportatio, die deportatio überhaupt, welche beide unter die Kapitalstrafen gehören, und oben schon besprochen wurden. Die erstere wird darum für einen höheren Grad angesehen, weil dem Verurtheilten ein besonderer Ort des Aufenthaltes angewiesen wird, den er nicht verlaßen darf, während er sich denselben im zweiten Falle selbst wählen kann. Die nachfolgenden Arten sind nicht mehr Kapitalstrafen, und gehören im eigentlichen Sinne hierher nämlich, in insulam relegatio, in perpetuum relegatio, in tempus relegatio [3]). c) Das Gefängniß (vincula oder carcer) eine Strafe, welche ursprünglich seltener [4]) und später mehr als Polizeistrafe für Exzedenten, Schwärmer, Raufbolde, dann bei Sklaven, Schauspielern, und als Militärstrafe zur Anwendung kam. Immer jedoch mußte der zu Bestrafende eine persona humilis sein. Hier gilt wieder der Unterschied, daß Freie nur ad tempus Sklaven aber auch in perpetuum eingesperrt werden konnten. Das Gefängniß im Untersuchungsverfahren ist nicht hieher zu rechnen. Eine

[1]) L. 10. D. de poen. 48, 19.

[2]) L. §. 2 D. de offic. profect. vigil. 1, 15: „Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castiget eos, qui negligentius ignem habuerunt."

[3]) Eine andere Eintheilung jedoch von geringer wissenschaftlicher Bedeutung ist die L. 5 D. de interdictis. 48. 22. „Exilium triples est: aut certorum locorum interdictio, aut lata fuga, ut omnium locorum interdicatur praeter certum locum aut in insulae vinculum id est relegatio in insulam."

[4]) L. 8 §. 9. D. de. poenis 48, 19: „Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi solet."

eigene Art des Gefängnisses war die custodia oder Hausarrest (L. 9 D. de interdictis 48. 22.) „Potest praeses quendam damnare, ne domo sua procedat.“ Freiheitsstrafen traten bei den meisten nichtkapitalen Verbrechen als ordentliche und Hauptstrafe auf. Für honestiores trat zumeist interdictio certorum locorum auf, welche, wenn sie auf Lebenslang lautete, mit Vermögenskonfiskation verbunden war.

3. Ehrenstrafen. Sie waren doppelt, entweder a. Entziehung gewisser Ehren, Würden und Aemter oder b. die eigentliche infamia.

Erstere bestand in der zeitlichen oder bleibenden Ausstoßung aus dem Senate oder der Kurie, Interdiktion eines Standes oder Gewerbes Absetzung vom Amte u. dgl. [1]) in Fällen des stellionatus, falsum, repetundarum.

Die infamia trat wieder entweder erst mittelbar als Folge einiger nicht kapitalen Strafen ein, oder aber unmittelbar nach einem Strafurtheil. Ueberall jedoch ist sie ihrem Wesen nach von derselben Qualität wie der Verlust der Zivität bei den Kapitalstrafen. Der Unterschied liegt in der Quantität. Stand dort die Vernichtung der bürgerlichen Geltung als Folge des Verbrechens, so steht hier eine Verminderung derselben, welche vorzugsweise die öffentlichen Rechte anzugreifen bestimmt ist, aber mit diesem zugleich einige Privatrechte angreift, weil diese in unzertrennlicher Verbindung mit jenen stehen, so z. B. das Recht der öffentlichen Anklage, die Vormundschaft, die Zeugenfähigkeit u. a. Es ist daher die hier gemeinte und als besondere Strafe angeführte infamia ebenso wie die bei den verschiedenen andern nicht kapitalen Strafen eintretende minutio existimationis eine poena circa dignitatis statum, nur daß sie dort ipso facto der Verurtheilung von selbst eintritt, während sie hier als besondere Strafe ausgesprochen und diktirt wird. Ein und dasselbe Uebel war dort Nebenstrafe oder vielmehr natürliche Folge der Hauptstrafe, hier ist es Strafe selbst in einem bestimmt ausgedrückten Grade. Dieser Grad war doppelt: α) die Erklärung, daß Jemand improbus und intestabilis sein solle d. h. Verlust der Zeugenfähigkeit und der aktiven und passiven testamenti factio β) Die ignominia ex edicto oder auch die infamia

[1]) Die ignominia, welche durch die Zensur wider einen Bürger ausgesprochen würde, hat keine strafrechtliche Bedeutung, da sie einem ungünstigen Sittenzeugnisse unserer Polizei gleichzustellen wäre, ebenso wenig die faktische infamia, d. h. die öffentliche Meinung über die bürgerliche Achtung eines Mitbürgers wegen irgend einer verübten unehrenhaften That.

insbeſondere, d. h. die Entziehung der öffentlichen Rechte des Bürgers, namentlich des jus honorum et suffragii, und aller damit in Verbindung ſtehenden Privat- und forenſiſchen Rechte. [1])

Die Ehrenſtrafen ſtanden wie ſchon geſagt als Folge auf die Kapitalverbrechen, ſpäterhin auf alle Kriminalverbrechen, dann auf manche Privatdelikte als furtum, injuria, rapina, dolus, praevaricatio, bei perjurium waren die Ehrenſtrafen ſogar die einzigen.

Von ganz beſonderer Art war die demnatio memoriae bei Majeſtätsverbrechern, vermöge welcher man das ehrliche Begräbniß, und den Verwandten die Trauer verbot, und manchmal die Kinder des Hochverräthers für infam erklärte. [2])

C. In die dritte Klaſſe gehören ſolche Strafen, welche die existimatio ganz unverſehrt laſſen. Hieher gehören vorwiegend 1. die Vermögensſtrafen, und 2. die admonitiones und commina-tiones.

Die Vermögensſtrafen, poena pecuniaria oder multae des älteren Roms, waren zur Zeit der Republik eine ſehr häufige und beliebte Strafe, welche entweder in Folge einer in der aufgeſtellten Drohung oder im Falle eines nicht durch eine beſondere lex bedrohten Verbrechens in Folge eines Antrages des Magiſtrates diktirt wurden. Damals ſchon war die Vermögensſtrafe eine doppelte: a) Die gewöhnliche multa oder einfache Geldſtrafe und b) die Vermögenskonfiskation, welche jedoch von dem Volke nur im Falle der Todesſtrafe oder des Exils ausgeſprochen wurde. Wer würde aber denjenigen Zeitpunkt in der römiſchen Geſchichte zu erkennen nicht im Stande ſein, wo die Geldgier des Staatsoberhauptes nach und nach auf alle Kapitalſtrafen Konfiskation ſetzte?

Die Konfiskationen waren wieder ſehr verſchiedener Art entweder α) der Verfall bloß einzelner Sachen oder ſingulärer Rechte (Konfiszirung) oder β) der Verluſt des Vermögens (publicatio bonorum) aber auch da war der Unterſchied zwiſchen dem Verluſte eines

[1]) Dieſe infamia hat zur Kaiſerzeit Vieles von ihrer früheren Strenge verloren, was natürlicher Weiſe daraus erklärt werden kann, daß die politiſche Verderbtheit keine ſolchen Stücke auf die bürgerliche Würde mehr hielt, und der Abſolutismus mehrere Rechte des politiſchen Bürgers z. B. das suffragium werthloſer machte.

[2]) Da die Ehrenſtrafe eine ſtillſchweigende oder ausdrücklich ausgeſprochene Folge der Kapitalverbrecher war, und in der Entziehung der Hauptrechte eines römiſchen Bürgers beſtand, ſo verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß ſie den honestior ebenſo, ja gerade dieſen mehr getroffen hat als den humilior, und daß beim servus von einer Ehrenſtrafe ohnehin keine Rede ſein konnte.

aliquoten Theiles (certae partis) oder aber des Gesammtvermögens (omnium bonorum).

Letztere war wie gesagt die stillschweigende Folge aller Kapitalstrafen. Doch wurde zur Zeit der Republik auf Kinder Rücksicht genommen, wenn welche da waren, und ihnen die Hälfte des Vermögens gelassen; von dieser Regel bildeten meist nur zur Kaiserzeit die Majestätsverbrechen eine Ausnahme. Justinian milderte die Konfiskationsstrafe noch weiter dahin, daß nicht bloß auf Kinder, sondern auf Aszendenten und Deszendenten bis in den dritten Grad und auf die Frau mit ihrer dos in allen Verbrechen mit Ausnahme des Majestätsverbrechens Rücksicht genommen werde, in welch' ersterem Falle das ganze Vermögen unangetastet blieb [1]).

Die Konfiskation war oft auch eine Folge der nicht kapitalen Strafen, in welchem Falle sie jedoch meist nur auf eine pars bonorum lautete, so z. B. in Fällen der relegatio [2]) oder der lebenslangen interdictio certorum locorum. Die theilweise Konfiskation stand aber auch ausdrücklich auf gewisse Verbrechen z. B. stuprum [3]) oder vis privata [4]).

Die Konfiszirung einzelner Sachen bestand wie auch bei uns in dem Verfalle der Kontrabande, der Fälschungsprodukte, der vorschriftswidrigen Maße, Gewichte u. dgl. Die gewöhnlichen Geldstrafen bestanden als selbständige Strafen für calumnia, stuprum, peculatus, de residuis, repetundarum, sepulcri violatio, ambitus, Gränzverrückung u. s. w. Die admonitiones und comminationes waren Strafen, welche der Prätor nach seiner Einsicht häufig statt der erlassenen Züchtigung eintreten ließ.

2. Kanonisches Recht.

Das römische Recht gehört bei uns heut zu Tage ganz und gar in den Bereich der Historie. Mögen die dafür eingenommenen Romanisten diese Thatsache mit noch so viel schmerzlichem Gefühle bekennen, wegläugnen läßt sie sich nun einmal nicht mehr; gerade das letzte Dezennium ist es, welches das Vergänglichkeitsgesetz eben durch den auf

---

[1]) Nov. 134 c. 10.
[2]) L. 4. D. de interd. 48. 22. „partem bonorum adimere".
[3]) §. 4. J. de publicis judiciis IV. 18 „... publicationem partis dimidiae bonorum ..."
[4]) L. 1. pr. D. ad. leg. Juliam de vi privata 48 7. „... pars tertia bonorum..."

die rechtshiſtoriſchen Studien auf unſeren Univerſitäten gelegten Nachdruck recht anſchaulich zur Vorſtellung gebracht hat. Und es iſt gut ſo. Es iſt fürwahr höchſte Zeit, daß man dem vaterländiſchen Rechte mehr Aufmerkſamkeit ſchenkt, als es bisher geſchehen iſt, und daß man dem Geſchehenen nur jenen Einfluß geſtattet, der ihm naturgemäß gebührt, nämlich den der Belehrung, der Aufklärung. Dadurch aber geht das Streben von dem zeitraubenden Studium des konkreten Rechtsmaterials auf das generelle Auffaſſen des Abſtrakten über. Das iſt die heutige Aufgabe der hiſtoriſchen Rechte, vornehmlich des römiſchen, daß es nicht ſo ſehr durch ſein Material als wie durch ſeine Doktrin auf unſere Ausbildung wirkt. Auch iſt es keine Undankbarkeit gegen den einſtigen Wohlthäter einer geſetz- und gerechtigkeitsloſen Zeit. Das römiſche Recht hat uns durch ſeinen Gehalt aus dem Mittelalter in die Neuzeit bildend hinübergeführt, aber es hat eben dadurch ſeine Miſſion erfüllt, ſein Platz iſt nunmehr in der Legislazion und Praxis das Archiv, wo es als erfahrener Greis befragt, und ſtets mit Hochachtung behandelt wird, in der Doktrin iſt ſein Ort das engere Feld der Geſchichte, wo es andern Rath ertheilen ſoll, wo es aber ſelbſtthätig zu wirken aufgehört hat. Nachdem wir durch unſere Väter erzogen worden ſind, ſtellen wir uns als ſelbſtändige Männer neben ſie, ja wir denken nach eigenem Wiſſen, machen einen Schritt noch vorwärts, und ſtehen in der Kultur über ihnen. Ein Mißkennen iſt das gewiß nicht.

Die vorausgeſchickte geſchichtliche Schilderung der römiſchen Strafmittel ſoll uns daher gewiß nicht dazu dienen, das nämliche zu thun, weil es damals gethan wurde, ſondern es ſoll uns nur dafür belehren was wir heute klugermaßen zu thun oder zu laſſen haben. In dieſer Beziehung iſt alſo das römiſche Strafſyſtem noch heute von praktiſcher Bedeutung in der Doktrin. Dafür iſt die Geſchichte des Zuſtandekommens deſſelben gerade dort von geringerem Intereſſe, weil die Römer immer nur das Gedeihen der Polis, die praktiſche Zweckmäßigkeit der Strafe vor Augen hatten, und niemals von einem klar bewußten Vernunftprincipe oder der ſogenannten Theorie ausgingen. Im kanoniſchen Rechte iſt es gerade das Verkehrte. Das Strafenſyſtem iſt von höchſt geringem hiſtoriſch-praktiſchen Werthe, denn ſelten iſt das Strafübel ein eigentliches Mittel, ſondern ein Zeichen der inneren Beſſerung, der Verſöhnung mit Gott, deſto wichtiger iſt der Gedanke, welcher der Strafe zu Grunde liegt, und von einem ſolchen von klarer Beſtimmtheit iſt die Kirche ſeit ihrem Beginn ausgegangen. Der geſchichtliche Gang der Verwirklichung dieſes Gedankens iſt nur das Wichtigere und nicht bloß

vom Standpunkte der Historie, denn das römische Recht ist heute abgethan, das kanonische ist es nicht. Es ist kein bloßes historisches Studium, denn die Kirche tritt heute mit ihrem Rechte neben dem Staate mit Prätensionen gegen den Einzelnen auf, und verlangt ihre Anerkennung durch denselben. Die Kirche exkommunizirt, interdizirt, suspendirt, zensurirt heute noch, und zwar nicht aus Usurpation, sondern unter der Anerkennung des Staates. Heute noch erkennt der Staat im Verbrechen die Kirche neben Seiner für beleidigt an, und gewährt ihr neben sich Genugthuung. Wenn auch sehr historisch, so will das Kanonikum doch noch nicht ganz im Archive stehen. So wird die Geschichte der kanonischen Strafmethode von doppelter Wichtigkeit.

Den Umfang der kirchlichen Strafberechtigung und die aprioriſche Begründung derselben wollen wir jedoch in die historische Gliederung mit einflechten, weil sich beides neben der geschichtlichen Thatsache mit viel triftigerer Deutlichkeit sagen läßt, als vorher.

Im Anfange war die Kirche kein hierarchisches Gebäude, sie war autonome Gemeinde mitten im Staatsrechte. Als solche konnte sie daher über ihre Mitglieder nur ein Disziplinarrecht ausüben, niemals ein Strafrecht in höherem Sinne, d. h. sie verweigerte dem Sünder die Aufnahme und stieß den Beharrlichen aus. Ihr Wesen war die religiöse Vollkommenheit, und diese Handlungsweise daher ganz nach dem Begriffe. Darum nahm sie auch Jeden ohne Rücksicht auf sein Vorleben auf, wenn er sich gebessert hat und Reue bewies. Die Ausschließung war und konnte nur die Exkommunikation sein, die Besserung hatte hundert Wege, und weder jenes noch dieses war eigentliche Strafe. Die Kirche mochte gar nicht strafen, weil ihr die Strafe als solche gar nichts nützte, wohl aber die Reue auch ohne Strafe.

Es bildete sich bald eine festere Praktik. Man zählte und ordnete zuerst jene schwereren Fälle, auf welche Exkommunikation, und dann die leichteren, auf welche blos Büßungen gesetzt waren. Zu diesen, alle Gemeindeglieder, auch die Geistlichen treffenden Strafen kam noch die Deposition als besondere Strafe für Geistliche, welche ihre Amtspflichten verletzten. Die Vergehungen im kirchlichen Sinne waren daher Verletzungen der religiösen Moral, der äußeren Kirchenordnung und der kirchlichen Amtspflicht. Wer darauf hält, mag das den Anfang eines kanonischen Strafsystems nennen. Jetzt strafte noch die Gemeinde selbst, bald aber überging das Recht auf den Bischof, welcher zuerst im Verein mit der Gemeinde, später mit einigen Vertre-

tern derſelben, endlich mit ſeinem Konſiſtorium, d. i. dem Kirchengerichte, ſtrafte.

So ſtanden die Sachen, als über einer ſolchen Kirche, über einer ſtillen, für ſich auf dem anſpruchsloſen Felde der religiöſen Moral und mitten im Getriebe des politiſchen Weſens unbekümmert um dasſelbe wirkenden Gemeinde der heidniſche morſche Staat in tauſend Stücke zuſammenbrach. Auf den Trümmern desſelben ſollte ſich ein neuer, der chriſtliche Staat aufbauen. Aber woher ſollte dieſer unbeholfene, im Keime liegende Körper die moraliſche Kraft eines Straffyſtemes in chriſtlichem Sinne, alſo auf der Baſis der humanen Idee, hernehmen, er, welcher erſt ſein Mittelalter durchzuwandern hatte, um heute erſt dieſe Idee rein herzuſtellen?

Was liegt nun näher, als daß die neben ſeiner bereits konſolidirte, auf einer ſittlichen Idee entworfene Kirche an ſeine Stelle trat, indem ſie ihre Grenze ſprengte und mit politiſcher Geltung in das Gebiet des äußeren Rechtes trat. Das Strafrecht, welches bisher einen rein pönitenziären Charakter hatte, wuchs zu einem Strafrecht in juriſtiſchem Sinne heran, die Kirche erfüllte eine Aufgabe, die eigentlich dem Staate gebührte, und ſchritt dadurch aus ihren Grenzen; wir ſagen mit Nachdruck ſo, um ſpäterhin ein Zurückgehen hinter die natürlichen Grenzen rationell motiviren zu können. Sobald ein Herausſchreiten einmal gegeben war, ſobald die Kirche ſtrafte, wie nur der Staat hätte ſtrafen ſollen, war allerdings andern Anomalien auch Thür und Angel offen; es war nämlich eben ſo erklärlich, daß der ſchwache Menſch zur Befriedigung der Eitelkeit, Herrſchſucht, des Eigennutzes und Stolzes mit ſeiner ethiſchen Uebermacht Mißbrauch trieb, und ſie über die edle Miſſion hinaus zu unlauteren Zwecken mißbrauchte. Uebergehen wir jedoch dieſe Ausſchreitungen, ſie gehören weniger hieher und ſollen uns nur darüber belehren, wie und warum heute noch zwiſchen den Forderungen der Kirche und den Konzeſſionen des Staates Konflikte entſtehen. Halten wir uns nur an die ordentlichen Leiſtungen der Kirche in den Anfängen des chriſtlichen Staates, und bekennen wir, daß ſie in der vernunft- und geiſtloſen finſtern Zeit die größte Wohlthäterin, das einzige Licht der Menſchheit war. Sie ließ ſich die einzige von einer Idee, und zwar von der religiös-ſittlichen, der inneren Beſſerung und Willensläuterung lenken, während auf den Thronen barbariſche Willkür und ſinnloſe Grauſamkeit herrſchte. Ihre Uſurpation des äußerlichen Gebietes ſteht im ſittlichen Bewußtſein der Völker wie in der Geſchichte gerechtfertigt da, zugleich aber die Forderung, allmälig in die

natürlichen Grenzen zurückzugehen, sobald der Staat groß gezogen und tauglich wird, seine Aufgabe selbst zu lösen.

Die römischen Kaiser thaten selbst den ersten Schritt zur Vermehrung der kirchlichen Gewalt. Sie erkannten dieselbe als einen Faktor des staatlichen Wesens, und gönnten ihr einen Platz im Organismus. Vor Allen ist Justinian hierher zu rechnen, denn vor ihm wurden die Geistlichen wegen bürgerlicher Vergehen ausschließlich vor dem weltlichen Gericht inquirirt, nunmehr sollten sie auch bezüglich dieser dem bischöflichen Gerichte in so ferne gehören, als der Bischof das Recht haben soll, bürgerliche Vergehen mit einer Kirchenstrafe zu belegen. So kamen zu der Exkommunikation und den Kirchenpönitenzen noch weitere Strafen für Geistliche, nämlich die suspensio, die irregularitas ex delicto und die privatio beneficii.

Eine weitere Konzession desselben Kaisers an die Kirche waren die strengen Gesetze, welche er zu Gunsten und zum Schutze der Kirche gegen Häretiker erließ; hier also wurde ein Kirchengesetz zum politischen gemacht, während dort ein privilegirter Gerichtsstand gewährt wurde. Einen noch bedeutenderen Ueberschritt auf das politische Feld machte die Kirche des Mittelalters durch den Feudalismus. Es gelangte ihr dadurch ein materielles Mittel in die Hand, wodurch sie eine Stellung neben dem Staate nicht nur zu erlangen, sondern auch kräftig zu erhalten wußte. Beides mußte ihr in Anbetracht ihrer sittlichen reellen Grundlage gegenüber dem ohnmächtigen Staate leicht gelingen. Sitte und Wissenschaft flüchteten sich in die Kirchen und hinter Klostermauern, jedes dieser wurde eine Festung für das Reich der Gesittung, wogegen die Faustrohheit nichts auszurichten vermochte. So wuchs denn Alles, was Gesittung betrifft, nur neben den Kirchen auf, unter Anderen auch das Recht. Die fränkischen Kaiser hatten zwar das Ernennungsrecht der Bischöfe, sie hatten das Patronatsrecht, und mit ihm einen entscheidenden Einfluß auf die Kirchenverwaltung, was war aber alles das gegen Kirchenregierung? Was war die kirchliche Sentenz gegen den Machtspruch des Königs? Jene war moralisch unwiderstehlich, diese gar häufig materiell kraftlos, eine leere Drohung.

Am meisten versuchte sich die Kirche in der Gerichtsbarkeit der Geistlichen, was sich wegen des Begegnens der kirchlichen und politischen Regierungsgewalt in einem Objekte leicht erklären läßt. Zwar unterlagen unter fränkischer Herrschaft die Geistlichen in bürgerlichen Vergehen dem weltlichen Richter, aber es mußten die geistlichen Obern und einige Gerichtsbeisitzer zu dem Gerichte beigezogen, ja in den Ge-

richtshof aufgenommen werden. Von da zu der zuerst in den pseudoisidorischen Dekretalen aufgetauchten Ansicht, daß Geistliche niemals vor ein rechtliches Gericht gezogen, nie von Laien angeklagt oder auf ihr Zeugniß verurtheilt werden sollen, war nur ein Schritt. Das moralische Ansehen der Kirche war indessen groß genug geworden, um dieser Ansicht Anerkennung zu verschaffen. Seit Friedrich II. wurden Geistliche nur durch Geistliche gerichtet. Da nun die Rechtssphäre des Geistlichen nicht blos von dem kirchlichen, sondern auch vom zivilistischen Standpunkte zu betrachten kommt, so entwickelte sich neben dem rein kirchlichen Rechte auch ein kanonisch-bürgerliches Recht. Hiemit war der entscheidende Schritt auf ein der Kirche fremdes Feld vollzogen.

Die Strafen konnten sich nunmehr auch nicht weiter mit ihrem rein religiösen Charakter begnügen, und mußten mehr und mehr weltlich werden. Es kamen immer neue und mehrere Strafen hinzu, so namentlich Gefängnißstrafen, körperliche Züchtigung, beide sehr oft in Verbindung mit einander, aber immer noch im Hinblick auf den religiösen Zweck, denn gewöhnlich folgte die Einsperrung in ein Kloster mit der Geißelung, und Selbstzüchtigung vor den Stufen des Hochaltars, ferner Kasteiungen anderer Art, Fasten und Vigilien, endlich Relegation und Geldstrafen. Nur blutige Leibes- und die Lebensstrafe hat die Kirche nie auf ihr Programm gesetzt, nach dem schönen Grundsatze: Ecclesia non sitit sanguinem. Von den unwürdigen, abscheulichen Mißbräuchen, die — nicht von der Kirche, aber durch ihre verderbten Glieder — getrieben worden sind, zu reden, ist hier nicht der Ort. Die Möglichkeit derselben lag in der kirchlichen Anordnung, daß in schweren Fällen, wo an eine Besserung nicht zu denken ist, der Geistliche zuerst degradirt, und dann dem weltlichem Richterarme zur Bestrafung übergeben werde.

Von da aus setzte die Kirche ihre Usurpation auch bezüglich der Laien weiter fort. Der erste Schritt hiezu war die Abbüßung der Pönitenzen durch Almosen, was immer häufiger geschah, so daß endlich Geld immer an die Stelle derselben trat und den Charakter einer Geldstrafe annahm. Die Kirche ließ sich das um so eher gefallen, als sie sich dadurch eine erkleckliche Einkommensquelle verschaffte. Während also früher die Pönitenzen reine Bußleistungen waren, wurden sie nun neben der beibehaltenen Exkommunikation eigentliche Strafen. Weil aber der Laie dem weltlichen Richter noch immer verfallen blieb, so mußte es kommen, daß sowohl Kirche als Staat in einem und demselben Verbrechen konkurrirten. Zwar erklärte sich die Kirche Anfangs nicht in

allen bürgerlichen Vergehen zugleich auch für verletzt, aber wie lange dauerte es, daß sie die Zahl der von ihr zu verfolgenden Vergehungen immer vermehrte, und endlich beinahe alle bürgerlichen Verbrechen zugleich auch für kirchliche erklärten? So strafte sie außer den rein kirchlichen Verbrechen der Ketzerei, des Schisma, der Apostasie und Simonie noch zugleich mit dem Staate den Ehebruch, Konkubinat, Sodomie, Sakrilegium, Magie, Blasphemie, Meineid, Wucher, bei diesen jedoch so, daß es dem Kläger freistehen sollte, entweder das weltliche oder das geistliche Gericht anzurufen [1]). Im letzteren Falle setzte die Kirche neben ihrer Strafe noch auch die bürgerlichen Straffolgen im Namen des Staates fest, oder sie übergab den Verurtheilten dem weltlichen Richter. Endlich gab es noch andere Verbrechen, z. B. Friedensbrüche, in welchen, wenn die Kirche in irgend welcher Beziehung der angegriffene Gegenstand war, auch ein Vertreter derselben dem weltlichen Gerichte beisaß und einen Theil des fredum oder der Geldbuße für die Kirche beanspruchte. So geschah es, daß die Kirche insbesondere bei jenen Verbrechen, bei denen das Zuvorkommen entschied, endlich auch bei Laien dieselben geistlichen und bürgerlichen Strafen diktirte, wie bei Geistlichen, immer aber mit Ausschluß der blutigen Leibes- und der Lebensstrafen.

Dies war der Standpunkt der Kirche im sechzehnten Jahrhunderte. Doch indessen wuchs auch der unmündige, ideenbare Staat heran, und mit ihm das Bewußtsein seiner sozialen Aufgabe, — seine Idee. Die Anfänge derselben äußerten sich, was das Strafrecht betrifft, allerdings — durch Abschreckung — auf die gräßlichste Weise, aber der Weg war gebahnt, den Gräßlichkeiten lag doch die Idee der Oeffentlichkeit des Verbrechens und deren absoluter Aufhebung zu Grunde. Der Staat begann mündig zu werden und hatte den Anspruch darauf, daß sein Vormund, die Kirche, seine bisherige usurpirte Aufgabe in die gehörigen Hände zurücklege. Das geschah auch eben jetzt dadurch, daß das Strafrecht der Kirche eingeschränkt, und in anderen Stücken aufgehoben wurde.

Zur Zeit der staatlichen Unmündigkeit leistete jedoch die Kirche nur Gutes. Ihr Strafrecht ruhte auf einer über das beleidigte Subjekt erhabenen, also niemals auf sie allein zurückziehbaren Idee, welche

[1]) Die sogenannten crimina oder delicta mixti fori, wo die Prävention entschied.

die Versöhnung absolut forderte. Dadurch brachte sie ferner Verbrechen zur Bestrafung, die im Staate nicht gestraft wurden[1]). Ihr Zweck war die Sittlichkeit, die Besserung, und ihr Einfluß ist auch unverkennbar. So stach sie gegen die Rohheit des Kompositionswesens und des grausamen Talion als ein Licht in der Finsterniß edel hervor. Sie rettete durch die Sanftmuth ihrer Strafen, durch die Verabscheuung der Bluts- und der Todesstrafen das humane Element in der Strafe. Sie hob das subjektive Moment im Verbrechen hervor, wenn auch auf einseitige die Qualität des Verbrechens verschlingende Weise, — kurz im kirchlichen Strafrechte ruhte emsig behütet die Humanität[2]).

Das ist die Lichtseite. Aber es hat sich die Kirche andererseits durch die Usurpation zu sehr an Weltlichkeit gewöhnt, sich in diese hineingelebt, sie spielte sich im Staate auf Staat, und mochte das einmal Erworbene nicht so leichten Kaufs hergeben. In diesem Fehler lebt sie, obgleich sie im Zeitlaufe immer mehr an äußerlicher Gewalt verlor, bis auf den heutigen Tag. Nicht die Kirchenstrafen an sich selbst, wie Exkommunikation, Interdikte, Suspensionen u. s. w. sind als Widersprüche der staatlichen Strafgewalt anzusehen, so lange sie sich streng innerhalb der Grenzen einer Gesellschaft bewegen, die im Inbegriffe des Staatsganzen einen Platz neben anderen Gesellschaften gleicher

---

[1]) Dahin gehören Meineid, Wucher, Blasphemie, Kindesmord, Vatermord (nämlich in solcher Eigenschaft) u. dgl.

[2]) Roßhirt sagt (Gesch. des St. R. III. S. 233, §. 255): „Die Kirche im Mittelalter hatte den Zweck, der Entwickelung der Staaten vorzuarbeiten, so wie überhaupt ihre wahre Bedeutung darin liegt, im Privat- und im öffentlichen Leben Dasjenige zu leisten, was der Mensch auf anderem Wege im Geiste seiner Zeit nicht erlangen kann. Die Kirche kann daher scheinbar immer mehr zurücktreten, wenn sich die Staatskräfte und Bildung der Einzelnen selbstbestimmend erheben, aber der Gelehrte muß nie vergessen, was die Kirche zur Bildung des Rechtes und der Staaten beigetragen hat, und wie ihr Zweck in allen Zeiten derselbe, nicht in allen Zeiten dieselbe Wirksamkeit erfordert." — .... „Hart ist die Kirche nur gegen die Unverbesserlichen, unversöhnlich nie. Während die Justiz der Staaten nicht vergeben, sondern nur die fürstliche Machtvollkommenheit begnadigen kann, vergibt die Kirche. Dieser Standpunkt ist ihr auch in unseren Tagen geblieben (?) und muß ihr ewig bleiben."

Wo Roßhirt loben kann, dort ergreift er gern und mit Geist das Wort; um aber der Wahrheit die Ehre zu geben, bekennen wir, daß er auch dort lobt, wo es zu tadeln gibt; so sagt er nur zwei Seiten weiter:

„Auch hat sich die Kirche hier nie als eine weltliche Macht aufstellen wollen (?): daher möge auch der Staat in ihre Sphäre nicht eingreifen und das Unkraut nicht in seiner Weise vertilgen wollen im Weinberge des Herrn. Er thut genug, wenn er Alle schützt, in der Freiheit des Forschens und der Meinung." —

Art einnimmt, d. h. so lange sie Gewissensache und Disziplinarangelegenheit bleiben; sie sind jedoch dann auf's Strengste zu tadeln, wenn die Kirche selbst politische Macht neben dem Staate anstrebt, und ihren Strafen außer dem Gewissen und dem kirchlichen Gesellschafts-Organismus einen politischen Charakter aufdrücken will. Kirchengesetze sind immer dort am Platze, wo sie das Gewissen allein verbinden; verwerflich werden sie, wenn sie bürgerliche und politische werden wollen.

Die Exkommunikation war anfänglich eben so wie die Pönitenzen keine eigentliche Strafe, wie wir gesehen haben, es war eben nichts weiter als die Ausstoßung aus der Gesellschaft, oder Versöhnung der beleidigten. Wegen Unfähigkeit des anfänglichen christlichen Staates sind sie aber zu eigentlichen Strafen geworden, und diesen widernatürlichen Charakter wollen sie nicht ablegen, sie wollen nicht mehr das werden, was sie einst waren. Das aber ist ungerechtfertigt, weil nicht in der Natur der Kirche gelegen, und es scheint der Staat vollkommen berechtigt zu sein, solchen Anforderungen kräftigen Widerstand zu leisten.

Es wird diese Betrachtung im modernen Staate um so wichtiger, als wir gesehen haben, welch' mächtiger Hebel der Sittlichkeit und Humanität die Kirche ist, daß sie jedoch nur in ihrer religiös-sittlichen Natur Anerkennung, Schutz und Einführung in das Staatsganze vom Staate zu fordern hat, daß sie namentlich auch im Verbrechen mit diesem rein innerlichen Momente mitbetheiligt, und daher auch in der Strafe zur Thätigkeit mitberechtigt ist. Daß sie gerade in dieser ihr zukommenden Thätigkeit nicht mit den usurpatorischen Prätensionen auftrete, sondern nur ihrer Natur und Wesenheit nach wohlthätig wirke, ist von Wichtigkeit, denn wahrlich, der Staat ist mündig genug, um seine Mission eingesehen zu haben und erfüllen zu können. Welches diese Aufgabe der Kirche einerseits, des Staates andererseits sei, haben wir jedoch schon oben auseinandergesetzt.

Die Aufgabe der Kirche in der Bestrafung war dort, die Behandlung des Verbrechens als Sünde, daher die religiöse Besserung des Verbrechens, weiter nichts. Was der Staat dem Gefängnißgeistlichen allenfalls noch weiter aufträgt, z. B. das Lehramt, das hat der Staat für sich, und nicht die Kirche gethan. Der Geistliche übt da als Beamter ein ihm vom Staate übertragenes Amt.

Das System der Strafmittel ist an sich von sehr wenig praktischer Bedeutung, nur der Geist, der sich in einigen unter den einzelnen Strafen manifestirt, macht sie beachtenswerth.

A. Es sind zuerst censurae oder Besserungspönitenzen der Kirche, und B. vindictae oder eigentliche Strafen; jene der Zeit kirchlicher Unbefangenheit, diese der Usurpation angehörend.

Zu den ersteren werden gezählt: 1. Die Exkommunikation oder Ausschließung aus kirchlicher Gemeinschaft. Sie ist das natürlichste, berechtigte Mittel jeder Gesellschaft, deren Mitglied abtrünnig geworden ist, und wird der Kirche als einer religiösen Gesellschaft um so weniger abgesprochen werden können, als sie eben in nichts Weiterem besteht, als in der öffentlichen Erklärung und Bekanntmachung, daß ein bestimmtes Mitglied ausgeschlossen sei; das demselben nachgeschickte Bedauern, Mitleid, die Fürbitte für dasselbe bei Gott und den Heiligen, Warnung für die Zurückgebliebenen schadet Niemanden, und steht auch der Kirche frei; sobald aber ein mittelalterliches Anathema mit Flüchen bespickt von der Kanzel mit der Prätension herabgedonnert wird, daß auch der Staat und die Gemeinde an dieselbe politische und bürgerliche Folgen knüpfe, oder durch die Kirche ausgesprochene aufrecht erhalte und durchsetze, Folgen, welche bestimmt sein sollen, den Abtrünnigen entweder zur Rückkehr zu zwingen, oder ihn in seiner bürgerlichen Existenz zu bedrohen; dann sind sie das, was sie nicht sein sollen, und der Staat ist verpflichtet, den Exkommunizirten neben der kirchlichen Verdammung vor jeder weiteren zu beschützen. Dagegen wird kein Staat wagen dürfen, der Kirche das natürliche Ausschließungsrecht zu schmälern oder gänzlich zu nehmen.

2. Das Interdikt eines oder mehrerer Sakramente in kleinerem oder größerem Bezirke, für bestimmte oder unbestimmte Zeit u. s. w., eine Strafe, die sich heute kaum dürfte durchführen lassen, theils weil der Kirche die Mittel der Durchführung fehlen, theils weil sich die damit belegten Vergehen heute nicht mehr ereignen dürften; übrigens ist diese Strafe nie zu befürworten gewesen, weil sie den Schuldigen mit dem Unschuldigen trifft, und sie gerade auf Jene gar keinen Eindruck verursacht. Der Staat könnte daher wenigstens für die Unschuldigen die Sakramentsertheilung, mit andern Worten die Interdikts-Aufhebung fordern, da sich in unseren großen Kirchengemeinden Korn von der Spreu nicht scheiden läßt. Gerade für diejenigen, welche durch die Strafe in sich gehen sollen, haben die Sakramente und die Kirche keine Hoheit und kein Ansehen mehr, es geht somit die ratio derselben zu Grunde,

3. Die Suspension des Geistlichen, bei welcher die

Freiheit der Kirche am vollständigsten gewahrt bleibe, eben so bei Depoſition und Degradation.

4. Eine ganze Reihe der mannigfachſten Bußen und Pönitenzen, die alle aufzuzählen ſich nicht der Mühe lohnt, weil ſie ſelbſt unbeſtimmt, der Willkür des ſtrafenden Subjektes allerdings nach gewiſſen einſchränkenden Grundſätzen anheimgegeben waren, ſich nach der Beſchaffenheit des Falles, der Umſtände und des Charakters des Büßenden richteten, daher außerordentlich beweglich waren, und im Verlaufe der Zeiten, je nach den Zeitanſchauungen, mannigfach ſich änderten. Dahin gehörten beiſpielsweiſe: der Erſatz des verurſachten Schadens, Abbitte, Ehrenerklärung, öffentlicher Verweis, admonitio, flagellae et virgae, Almoſen, Gebete, Pilgerfahrt, verwehrter Eintritt in die Kirche u. dergl.

Von den Strafen der zweiten Gattung ſind heute alle unnütz und überflüßig geworden, und keine derſelben wäre im Stande, auch unter anderem Rechtstitel ihre Exiſtenz zu motiviren, und dennoch arrogirt die Kirche zwei davon, nämlich das Gefängniß für verbrecheriſche Geiſtliche, und zweitens die Entziehung des kirchlichen Begräbniſſes. Die übrigen, als da ſind: Geldbußen, Gefängniß, auch der Laien, Züchtigung, Verweiſung, ſind längſt der Geſchichte des Mittelalters verfallen. Was die Einſperrung durch weltliche Gerichte verurtheilter Geiſtlicher betrifft, ſo wird es wohl kaum eine zweckmäßigere Art geben, als das Kloſter iſt, wie überhaupt der Staat in ausgedehnterem Maße auch bezüglich mancher Laien von der Kloſterdetention Gebrauch machen ſollte, aber nicht darum, weil es ein Recht der Kirche iſt, Geiſtliche nur in geiſtlichen Häuſern, und wieder nur durch Geiſtliche zu detiniren, ſondern weil es die Opportunität ſo verlangt; nicht weil die Kirche will, ſondern weil der Staat mag. Das Kloſtergefängniß der alten und noch der heutigen Kirche und die dem Gefangenen beigegebenen exploratores, deren Aufgabe es war, eine gründliche Gewiſſensbildung vorzunehmen, entſprachen der humanen Idee in einem viel vollſtändigeren Maße, als es unſer beſteingerichtetes Gefängniß vermag. Die Mißbräuche, die dabei getrieben worden ſein mögen, und die für die Regel zu erklären aus voreingenommener Phantaſie überſpannt wäre, können der Einrichtung ſelbſt nicht den Stab brechen. Dagegen iſt es auf's Tiefſte zu bedauern, wenn die Kirche noch immer an der damnatio memoriae des im Selbſtmorde, im Duelle Gefallenen oder des beharrlichen Sakramentsverächters beharrt. Wer ſich einer verächtlichen Handlung ſchuldig macht, iſt ſchon geächtet, auch

ohne Kirche, in dem Urtheile eines jeden Rechtschaffenen. Die Kirche könnte da wieder nur ihre religiöse Besserung versuchen, wenn sie mit todten Menschen eben möglich wäre. Aber gerade hier liegt der Widerspruch. Die Aechtung vollzieht sich im Bewußtsein der lebenden Mitbürger und wird nicht erst durch die Begräbnißentziehung geschaffen, die Strafe aber an einem unbeseelten Leibe ist ein Unsinn, die Seele ist anderswo; da aber dennoch Strafe da ist, so fällt sie nothwendig auf die zurückgebliebenen Verwandten und Freunde, für welche sie eine der herbsten Ehrenstrafen wird für eine Handlung die ein anderer begangen hat. Dies alles verdammt die Strafe vom razionellen Standpunkte. Seine Wuth am todten Körper auszulassen, und Unschuldige zu kränken, ist der Kirche unwürdig.

Eine Handlung zu verdammen, zu brandmarken steht Jedem frei und der Kirche umsomehr, aber durch kirchliche Demonstrazionen Unschuldige verletzen, darf sie nicht, und der Staat kann hier sein veto handhaben. Uebrigens wird auch die Kirche immer klüger, und läßt solche Dinge ohne Aufsehen allmälig einschlafen, was nur gebilligt werden muß.

3. Deutsches Recht.

Das Straffystem des ältesten deutschen Rechtes zu beschreiben ist eine schwierige wo nicht unmögliche Sache. Ein System findet sich nur dort, wo sich ein Prinzip findet, und das ging ihm eben bis auf die Karolina ab. Man kann zwar immerhin schon in den Volksrechten die mühsamen Wehen des idealen Keimes herausfinden, aber es walten noch so viele Rücksichten vor, daß man die Strafen eben aufzählen muß ohne sie von einem einzigen geistigen Standpunkte aus übersehen zu können. Vor den Volksrechten aber ist entschieden keine Rede vom Strafensysteme. Zu alledem kommt noch der doppelte Umstand, daß der Feudalismus einer maßlosen Zersplitterung des Rechtes die Hand geboten hat, und daß die Strafgerechtigkeit in den Händen dreier Subjekte, des Staates der Kirche und des Einzelnen vertheilt war und mannigfach gekreuzt Verwirrung verursachte.

Um jedoch einen Ueberblick selbst über den Zustand des Wirrsals zu erlangen, werden wir wohl thun den Zustand der Strafen bis auf die Volksrechte, dann bis auf die Karolina, endlich von da bis heute zu unterscheiden.

A. Im Anfange übte der Einzelne in allen Fällen, in welchen er sich verletzt fühlte Rache und Bußrecht aus, und es läßt sich hierüber eben weiter nichts sagen weil der einzige Gesichtspunkt der Strafen, wenn man die Reakzion gegen Unrecht mit diesem ganz uneigentlichen Namen bezeichnet, der paktirende Wille des Einzelnen war. Daneben trat die Kirche mit ihren strafrechtlichen, emendirenden Rücksichten und endlich noch der Staat in der verschiedenen Richtung als Privatbetheiligter oder als politisches Ganze oder endlich als Polizeiinstitut auf. Jeder von ihnen übte ohne gewiße Regel nach eigenem Standpunkte sein Strafrecht aus. Der Staat als solcher wendete unter fränkischer Herrschaft den Reichsbann als Hauptstrafe an, daneben aber noch die Komposizion und das Friedensgeld, welches durch die Volksgerichte eingehoben wurde. Die Polizeimacht des Staates aber wendete schon damals verschieden geartete Todesstrafen und verstümmelnde Leibesstrafen an.

Seit der fränkischen Herrschaft bemühte sich zwar der Staat seine Strafgewalt zu Ungunsten der Einzelnwillkür und zum Besten eines razionellen Strafrechtes immer mehr auszudehnen, es gelang ihm aber bis an das Ende des Mittelalters nicht vollkommen, und die Strafen von denen wir hören werden, sind theils nur gegen gewisse Verbrechen gerichtet, theils sind sie als Polizeistrafen zu nehmen. Dazu kam bald noch ein dritter Umstand, der die Verwirrung für uns auf die Spitze treibt, nämlich der, daß sich das Strafrecht je nach dem Stande ob Freier- oder Unfreier, und weiterhin ob Fürst oder Ritter oder Städtebürger, ob Lehensherr oder Lehensvasall, richtete; so daß es unmöglich wird auch nur einiger Maßen allgemeine Regeln anzugeben.

B. Die Volksrechte sind vom razionellen Standpunkte nichts Abgeschloßenes, sie sind vielmehr eben der Ausdruck des Kampfes zwischen dem Strafrecht des Staates einer- und dem der Kirche und des Einzelnen andererseits, wobei sich der Sieg auf die Seite des Staates neigt. Denn gegen das Ende dieser Periode und unmittelbar vor der Karolina schwand die Rache und das Faustrecht durch die sich festigende Landeshoheit eingegrenzt immer mehr, wogegen diese nicht blos durch Zwang sondern durch prinzipielle Anerkennung ihrer ausschließlichen Geltung in Strafsachen an Umfang gewann. Die Komposition wurde allmälig zur Ausnahme, nicht bloß weil die ärmeren Verbrecher insolvent waren, sondern weil der Staat auch bei Zahlungsfähigen die Bestrafung aus Prinzip durchsetzte. Dies galt vorzüglich bei den schwereren Verbrechern, welche gegen die Sicherheit des staat-

lichen Bestandes und gegen den bürgerlichen Frieden gerichtet waren, dehnte sich aber allmälig auch auf jene Verbrechen aus, welche den Einzelnen verletzten. Die Möglichkeit, das Verbrechen mit Geld sühnen zu können, wurde alsdann nur noch für eine Art Gnadensache angesehen. Aber selbst diese Gnade hatte nicht mehr den Charakter der Abfindung zwischen beiden Gegnern, sondern unter dem Einfluße der neuen Anschauung jenen der Geldstrafe, also den einer eigentlichen Strafe im modernen Sinne. Dabei konnten die Rechtsfolgen des begangenen Verbrechens trotz der Verwandlung in Geld nicht gehoben werden, und es trat z. B. die Rechtslosigkeit dennoch ein, was gewiß bedeutsam auf das Durchdringen einer anderen Anschauung hinweist.

Es lassen sich nun die Strafen der Volksrechte und der königlichen Kapitularien wohl nach einer gewißen Anordnung aufzählen aber sie lassen sich, — wie aus den gemachten Andeutungen erhellt — weder als raum- noch als zeiteinheitlich darstellen, weil sie zu verschiedenen Zeiten verschieden und stückweise, und nie allenthalben in Deutschland zur Anwendung kamen. Auch hatte die richterliche Willkühr und somit die Praxis die weitesten Schranken.

Es waren:

1. Die mannigfachsten oft raffinirt grausamen Todesstrafen. Es hieß in den Büchern eben nur: de capite puniatur, moriatur, das Wie war richterliche Willkühr. Da war denn die Enthauptung meist bei Vornehmeren in politischen Verbrechen, das Hängen für Diebe, das Rädern, Viertheilen, Schinden, Schleifen, in Oel sieden für Räuber und Mörder, das Verbrennen für Ketzer, Zauberer, Hexen, Steinigen für Ehebruch, Lebendigbegraben und Pfählen für Kindesmord, Unzucht, ebenso Ertränken. Bei vielen dieser Strafen wurden noch quälende Leibes- und Ehrenstrafen angehängt. Selten (z. B. bei den salischen Franken) ist Konfiskazion eine Folge der Todesstrafe gewesen.

2. Ebenso bunt ist das Bild der meist verstümmelnden Leibesstrafen als: Abhauen von Händen und Füssen, Abschneiden der Nase, Herausreißung der Zunge, Blendung, Entmannung, Ausbrechen der Zähne, Riemenschneiden, Kopfhautabziehen u. s. w. Strafen, welche mehr Kultur- als strafrechtliches Interesse haben. Nicht verstümmelnd war die Geißelung und Stäupung,[1]) (Gassenlaufen beim Militär).

[1]) Ueber die Bedeutung der Eintheilung der Strafen in jene an Hals und Hand und in jene an Haut und Haar, welche schon durch die Spiegel

3. Freiheitsstrafen waren unter allen Strafen am wenigsten entwickelt. In früherer Zeit wurde sowohl der insolvente Schuldner als auch derjenige, welcher das Bußgeld nicht bezahlen konnte Knecht des Gläubigers. Späterhin laßen sich auch Spuren einer servitus poenae nachweisen, zumeist in Form von öffentlichen Arbeiten [1]) es lag jedoch wenig im Geiste der Zeit langwierige Strafen anzuwenden, die kurzen dafür drastischen waren beliebter. Dagegen war Exil ziemlich häufig im Gebrauche, was sich aus der seit jeher von den Königen ausgeübten und beliebten Reichsacht erklären läßt. Es war jedoch keine rein kriminelle sondern mehr polizeiliche Strafe, deren Handhabung in dem Belieben des Königs und seiner Politik lag. [2]) Die zeitliche oder lebenslängliche Einsperrung war eine vorwiegend in Städten angewendete Strafe.

4. Ehrenstrafen sind theils als Folge der Verurtheilung wegen gewisser Verbrecher resp. der darauf gesetzten Strafen, theils als besondere für sich bestehende Strafen anzusehen. Sie bestanden sämmtlich in einer größeren oder minderen Schmälerung der Rechtsfähigkeit. Die ipso jure Strafen waren die Folge aller Kapitalstrafen und bewirkten, daß alle jene Rechte, welche auf der Voraussetzung besonderen Vertrauens ruhen, aufhörten also: Unfähigkeit zum Schöffen- Richter- und Vorsprecheramte, zur Zeugenschaft, zur Vormundschaft, zum Unschuldseide u. dgl.

Selbstständige Ehrenstrafen standen auf Meineid, Urkundenfälschung, Mißbrauch der Amtsgewalt, falsches Zeugniß, falsches Maaß, und bestanden in der Entziehung der Zeugnißfähigkeit, des Eides, der Enthebung vom Amte, Ausstoßung aus dem Rath und Gericht, u. dgl. Symbolisch wurden die Ehrenstrafen auch oft durch Leibesstrafen ausgedrückt, so war z. B. die Geißelung, Zuschneiden des Haares, wie bei Sträflingen, Brandmarken, Abziehung der Kopfhaut stets infamirend.

Endlich muß noch der in der Friedlosigkeit liegende bürgerliche Tod hierher gerechnet werden, obgleich er nicht, als ordentliche

---

aufgestellt worden ist, siehe weiter unten, weil dieselbe durch die Karolina beibehalten wurde.

[1]) Zumeist als Polizeimaßregel gegen vagabundirendes Gesindel, Bettler, Hausdiebe. Bei Tag verrichteten die Sträflinge ihre Arbeiten in Feßeln außer dem Strafhause, bei Nacht wurden sie in den Thurm gesperrt. (Schellenwerk).

[2]) Ihr zur Seite und analog war die einfache Ausweisung aus einem Orte oder Gebiete, welche nicht als peinliche Strafe sondern vielmehr als Gnadensache für die eigentliche Strafe eintrat.

Strafe auf gewiße Verbrechen sondern meist gegen Friedensbrecher gesetzt war, wenn sie sich dem ordentlichen Gerichte durch die Flucht entzogen oder dem exequirenden Beamten in Zivil wie in Strafexekuzionen mit Gewalt widersetzt haben.

5. Vermögensstrafen müssen als Geldstrafe und als eigentliche Konfiskazion aufgefaßt werden. Erstere waren gang und gäbe im deutschen Rechte unter den uns bekannten Namen: Buße, Wergeld und Fredum. Letztere wird in den leges der Alamanen, Ripuarier, Burgunden, Bojoaren angeführt, und in die theilweise und gänzliche eingetheilt. Ipso jure trat sie nach der ausdrücklichen Erklärung der Rechtsbücher z. B. des Sachsen- und Schwabenspiegels mit Ausnahme des salfränkischen Rechtes niemals ein.

Daß der Mammon Ursache der ärgsten Mißbräuche war, ist zu bekannt, um näher erklärt werden zu müssen. Denn nicht bloß mit den auf mindere Verbrechen gesetzten Bußgeldern, wurde allerhand habsüchtiger Unfug getrieben, sondern es konnten nach und nach schwerere ja die schwersten Verbrechen mit Geld bezahlt werden. Dasselbe galt trotz den gesetzlichen Verbothen von der Konfiskazion als Selbstfolge der Kriminalverurtheilung.

C. Die Karolina änderte wenig an der alten Unordnung, es kam freilich einiges außer Gebrauch, theils durch ausdrückliche Anordnung, theils durch die Praxis, so namentlich die grausamsten Todesstrafen wie Lebendigbegraben, Pfählen, Säcken u. a. Dennoch blieb das meiste stehen, weil man erstens noch immer nicht des Besseren bewußt war, und dann, weil man erklärte: die hergebrachten Gewohnheiten nicht schlechthin abschaffen zu wollen. Dagegen kam Vieles Neue auf, so die Konfinazion, und eine viel häufigere Anwendung der Landesverweisung, dann Pranger, Abbitte und Ehrlosigkeit als wirkliche und Anschlagen des Bildes oder des Namens an den Galgen als symbolische Ehrenstrafen. Endlich wird noch das römische Strafsystem in die Karolina einbezogen, in sofern es sich nach des Landes Gewohnheit und Möglichkeit anwenden läßt.

Viele betrachten die Karolina als den Anfang einer neuen Geschichtsepoche, wir möchten sie am liebsten als den Schlußpunkt der Epoche der Volksbücher nehmen, denn sie hat in das Strafrecht in der That auch nicht einen neuen liberaleren Gedanken hereingetragen, sie hat dem alten Unsinn in einem Reichsgesetz nur ein Monument gesetzt, das macht sie interessant. Aber ihr Standpunkt rächte sich bald, als die Menschheit unmittelbar nach ihrem Erscheinen und im dreißigjährigen

Kriege in ihrem Bewußtsein einen so mächtigen Fortschritt gerade in Sachen der Gerechtigkeit gemacht hat. Sie wurde verurtheilt und bei Seite geschoben, nachdem sie kaum zu wirken angefangen hat. Ueberdies hat sie durch die allbekannte Klausel sich selbst, und deutscher Rechtseinheit das Todesurtheil geschrieben. Die Partikularrechte wurden der besseren Anschauung gerecht und so zu Trägern des Fortschrittes, die Praxis aber machte sichs noch leichter indem sie unter dem Schilde des Partikularismus im Strafrechte aufräumte so gut sie konnte.

Zuerst ging es an das Lebendigbegraben und Pfählen, ebenso an das Ertränken; das Viertheilen und Verbrennen wurde erst nach erlittener Todesstrafe vollzogen. Auch das Rädern war weniger grausam weil man von oben herab und nicht verkehrt räderte, und es blieb uns bis auf heute nur noch das Hängen und Köpfen aber auch für dessen Abschaffung steht die Wissenschaft kräftigst ein, indem sie mittelbar die Todesstrafe verdammt, und es steht nunmehr an den Regierungen dem Fortschritte auch durch die Legislazion Ausdruck zu verleihen. Ebenso gingen die der Todesstrafe angehängten quälenden Afflikzionen allmälig unter, immer aber nur durch die Partikularrechte und durch die Praxis, während das Schandmal im Gesetze stehen blieb. Heute ist es allerdings auch im Gesetze anders geworden, aber wie lange ist es her, daß es so geworden ist, und die bis ins Ekelhafte beschreibende, mit schändlicher Künstlichkeit zeichnende Theresiana reicht bis in unser Jahrhundert herein. Wie viel des Rohen überging noch in das österreichische Strafgesetz v. 1803, und unsere heutigen Gesetze sind bei Weitem noch keine Ideale der Humanität, wenn man auch dankend das hinnimmt, was gegeben wurde. Auf Feuerstrafe wurde in Sachsen im J. 1838 noch wenigstens erkannt, und in Reuß-Greiz in diesem Jhdt. noch vollzogen! In Oesterreich starb noch 1786 ein Verbrecher durch das Rad. Schärfungen der Todesstrafe waren dem bairischen Gesetze [1]) noch bekannt ebenso dem hannoverischen. [2]) Das

[1]) Art. 6. Ges. von 1813. Wenn das Gesetz „geschärfte Todesstrafe" bestimmt, wird der Verbrecher in dem vorhin (Art 5) bestimmten Aufzuge (mit entblößten Kopfe gekleidet in einem grauen Kittel, mit einer Tafel auf Brust und Rücken, worauf sein Verbrechen genannt ist) unmittelbar vor der Hinrichtung eine halbe Stunde lang von dem Scharfrichtersknechte vor dem Pranger ausgestellt. Es ist übrigens nothwendig zu bemerken, daß diese Bestimmung durch das Ges. v. 18. Novbr. 1849 abgeschafft wurde, ebenso die Brandmarkung.

[2]) Art. 9. Ges. v. 1840. Wenn das Gesetz geschärfte Todesstrafe bestimmt, so soll der Verbrecher auf einer Kuhhaut zum Richtplatze geschleift werden.

Flechten des Leichnams auf's Rad und Aufstecken des Kopfes auf einen Spieß bestand in Deutschland noch bis in das Jahr 1824.

In den neuesten Gesetzen endlich hat man die Androhungen der Todesstrafe bis auf ein Minimum abnehmen lassen, und es zeichnet sich namentlich das österreichische Gesetz von 1852 in Bezug auf jenes von 1803 so vortheilhaft aus.

Die verstümmelnden Strafen sind — Gottlob — ganz verschwunden, sogar schneller als die grausamen Todesstrafen; an ihre Stelle setzte theils die Praxis neu erfundene Strafen, wie z. B. Galeeren-, Bergwerks- oder andere öffentliche Arbeit, Einsperrung in das Spital bei magerer Kost, Festung mit Erdarbeit, wie es denn überhaupt zumeist die Praxis war, welche an den früher so vernachlässigten Freiheitsstrafen Gefallen fand, und so zu deren heutiger Ausbildung den Grund legte. Eben so verschwanden die Konfiskation des Gesammtvermögens [1]), oder eines aliquoten Theiles, dann die Landesverweisung [2]) (mit Ausnahme ausländischer Verbrecher) gänzlich.

Da nun das System der Karolina mit unbedeutenden Aenderungen immer noch das alte war, und sich die wirklichen Verbesserungen zeitlich und räumlich getrennt in den Partikularrechten vollzogen, so ist es ungemein schwer, wo nicht unmöglich, für die nachkaroliniſche Zeit ein allgemein giltiges Strafsystem aufzustellen. Es läßt sich eben weiter nichts sagen, als daß außer der Todesstrafe noch Freiheits- und Arbeitsstrafen, körperliche Züchtigung [3]), Ehren- und Geldstrafen blieben.

Selbst diese aber waren in beständiger Fluktuation zum Beweise ihrer noch nicht gelungenen Stätigung. So sind z. B. die Geldstrafen, welche aus dem früheren Buß- und Kompositionensystem eigentlich die Hauptstrafen waren, immer geringer und auf immer geringere Verbrechen eingeschränkt worden, wogegen die Freiheitsstrafen zu immer anerkannterer Geltung kamen.

Die meiste Verwirrung herrschte in den Ehrenstrafen, was sich aus der Unsicherheit des Ehrbegriffes selbst leicht erklären läßt. Aber auch abgesehen davon darf man nicht vergessen, daß die Wandelungen, die der Ehrbegriff selbst dann, wenn er zu einer und derselben Zeit fest

---

[1]) In den sogenannten ungarischen Ländern bis zum Jahre 1852 giltig. Siehe Hye: Oesterr. St. G. S. 393.

[2]) Die letzten Spuren einer solchen noch in Preußen im Anfange dieses Jahrhundertes.

[3]) Die Stäupung und die Spießruthen verschwanden erst in den Zwanziger-Jahren, es blieb nur der Stock und die Ruthe. Die Gasse der Spießruthen war jedoch immer noch bis in die letzte Zeit als Militärstrafe üblich.

bestimmt gewesen wäre, im längeren Verlaufe der Zeit besteht, endlich bei sich gleichbleibender Strafart und stillestehendem Gesetze mit diesem in Widerspruch gerathen muß. So wurden z. B. das Kirchenstehen, der Eselsritt, die Geige, die Schandbühne, die Admonition von der Kanzel in der späteren Zeit für schimpflich gehalten, während sie das Gesetz, das sie theilweise aus den ältesten Zeiten des christlichen Staates unter ganz anderen Voraussetzungen und Anschauungen mit herübernahm, rechtlich nicht für entehrend ansah. Eben so war die Arbeits- und Zuchthausstrafe Anfangs ohne Einfluß auf Recht und Ehre, während sich später mit dem Begriffe eines Zuchthaussträflings im Volke auch der der Ehrenschmälerung verband.

Mehr Verwirrung als Nutzen stiftete hier wieder die Aufnahme des römischen Rechtes mit seinen Eintheilungen der infamia mediata und immediata, der crimina ordinaria und extraordinaria, denn der Ehrbegriff ist denn doch nichts anderes als ein Bewußtsein des mehr oder minder kultivirten Volkes, er läßt sich durch kein Gesetz dekretiren, und hängt stets von der spezifisch-nationalen Moral ab. Nirgends muß man das Verlangen einer Harmonie zwischen Gesetzgeber und Volk so hoch spannen, als eben hier; ein Uebertragen aus fremdem, noch dazu antikem Rechte ist das verkehrteste Beginnen gewesen. Uebrigens hat sich diese Unnatürlichkeit nur im Gesetze längere Zeit erhalten, und hat von da aus auch in der Wissenschaft bis auf unsere Tage herab, auch abgesehen von der absoluten Schwierigkeit einer richtigeren Deduktion des Ehrbegriffes, und mit Rücksicht auf den Kober herumgespuckt; die Praxis hingegen hat sich längst über die römische Ansicht hinweggesetzt, und in richtiger Würdigung ihrer Zeit andere Begriffe hingestellt.

Feststehend war im deutschen Rechte so viel, daß jede Strafe, mit deren Vollzug der Henker gesetzlich beauftragt ist, entehrend sein sollte, von solchen haben sich in der That mehrere bis in unsere Zeiten hinein erhalten, z. B. der Pranger (Schandpfahl, Schaubühne), Stäupung, Brandmarkung, Anschlagen des Namens oder Bildes an den Galgen, Zerbrechen des Adelsschildes, Zerreißen des Diploms u. dergl. An die Ehrlosigkeit knüpfen sich ebenfalls die buntesten, verschiedensten rechtlichen Folgen, als: Ausschließung von Amt und Würde, der Theilnahme an Genossenschaften, Zünften, Verlust der Zeugnißfähigkeit, der Lehensfähigkeit, der Fähigkeit zur Vormundschaft, Verlust des Bürgerrechtes u. dergl.

So bietet die ganze Zeit seit der Karolina bis auf unsere allerneuesten Gesetze ein Bild der traurigsten Zerfahrenheit und Unsicherheit,

wie in Allm, so namentlich im Strafsysteme. Es ließe sich da eine ganze Masse des allerbuntesten Materials ausbreiten, wenn wirklich etwas daran gelegen wäre, doch scheinen die vielen Wechselbilder heute weder doktrinelle noch praktische Wichtigkeit zu haben. Nicht die mannigfachen Formen sind interessant, sondern die Fortbildung der Idee, welche sie verrathen. Diese Idee aber ist heute erst zu größerer deutlich erkennbarer Klarheit gelangt, und somit scheint es für eine Geschichte der Strafmittel wichtiger, das heutige System als das Resultat mehrhundertjährigen Gährens und den endlichen Abschluß mühsamer Prozesse zu betrachten.

Strafe und Strafmittel sind ja nur dann von sittlicher Bedeutung, wenn ihnen die sittigende Idee zu Grunde liegt, die Bestrafung aus Instinkt muß sich in die absonderlichsten Barbareien verirren; Strafzwecke kannten die vorigen Jahrhunderte aber eben keine, ihre Strafe war Reaktion gegen die verbrecherische Animalität, und bemühte sich daher selbst, untermenschlich zu sein. Wo der Strafzweck, das sittliche Prinzip fehlt, dort muß weiter auch die Anordnung der Strafen in gewissem Verhältniß zu einander und untereinander fehlen. Da natürlich auch dieses fehlt, ist es nur um so vergeblicher und schwieriger, nach einem einigenden Bande zu suchen, die ganze Geschichte müßte denn eine geistlose Aufzählung sein. So ist denn die Schilderung des Strafsystemes erst dann von Belehrung, wenn dieses selbst durch eine Idee der Sittlichkeit getragen wird, wie eben erst in diesem Jahrhunderte geschah. Darum ist das römische Strafsystem weit interessanter als die ganze deutsche Systemlosigkeit bis auf heute, weil schon ein sittlicher Zweck vorschwebte, zu dem die Strafen als durch Vernunft beherrschte Mittel in Verhältniß traten, wenn auch dieser Zweck bei Weitem nicht der wahre war. Das Mittelalter jedoch folgte dem blinden Naturgesetze im Rechtsgebiete, es strafte, weil es instinktmäßig fühlte, es müsse gestraft werden, von einem Wissen des Warum ist keine Rede. Das Dämmern der sittlichen Idee, der humanen Aufgabe und des schönen Rechtes, Verirrte zur Gesittung zurückzuführen, liegt zuerst in Feuerbach's Lehre und den Gesetzbüchern, die theils er selbst, theils Andere nach seiner Lehre entwarfen. Er hat zuerst die Tendenz nach Gesittung an die Stelle eines gedankenlosen Dreinschlagens gesetzt, und wenn man auch den Namen seiner Lehre verdammt, ihn selbst verdammt man nicht.

Sein Zweck war freilich die Abschreckung, die längst für abgethan zu halten ist, aber es war doch ein Zweck, der dahin ging, die

Rohheit verschwinden zu machen. Verborgen und ungeahnt steckte unter dieser rauhen Hülle doch das, was auch wir heute wollen; Feuerbach nannte es nur so, weil sein Bewußtsein noch nicht so geläutert war, wie das unsere. Dies beweist seine eigene Inkonsequenz, denn wer wirklich und klar bewußt nur die rohe Abschreckung hinsetzt, von dem muß man billig fordern, daß er bei allen den gräßlichen Henkersmaschinen des Mittelalters stehen bleibe, oder daß er von milderen Strafen anfangend von Zeit zu Zeit die Strafen immer steigere, wenn er merkt, daß die milderen nicht abschrecken. Feuerbach hat zwar in seinen Gesetzentwürfen häufig dazu Anlauf genommen, aber er hat es doch nicht gethan und ist so seiner eigenen Theorie untreu geworden. Hätte er zwei Menschenalter leben können, so hätte er selbst seine Theorie umgetauft. Es haben dies Andere für ihn gethan, aber diese Anderen, sie leben heute noch, und wer das geläuterte Bild strafrechtlicher Humanität vor Augen hat, der erschrickt förmlich darüber, wie nahe er noch den dumpfen Folterkammern und der Abschreckungsidee steht. Ja noch mehr. Die Gesetze, die Feuerbach's Abschreckung ihr Entstehen verdanken, leben noch, und wer immer sie mit neuem Auge betrachtet, wird schwarzer Flecken genug entdecken, die unheimlich an Vergangenheit erinnern. Noch lebt die Todesstrafe, und wird öffentlich vollzogen, noch wird sie allzuhäufig angedroht, noch gibt es ungerechte Strafschärfungen, ungerechtfertigte Ehrenstrafen, ganz unverhältnißmäßige Vermögensstrafen, noch existirt die körperliche Züchtigung, noch immer ist der Richter nichts als die Exekutionsmaschine des Gesetzesbuchstaben, noch stellen die Gesetzbücher die ganze irrationelle Unterscheidung der strafbaren Handlungen in Verbrechen und Vergehen auf, noch unterliegen politische Verbrechen einer maßlosen, ja sagen wir in Praxi mitunter willkürlichen Beurtheilung u. dergl. m.

Wenn man also auch das Feuerbach'sche Abschreckungsprinzip und mit ihm das baierische Gesetz von 1813 in concreto verdammt, so wird man doch über den erfolgreichen Kampf jubeln müssen, den die Neuzeit mit den Ruinen des Mittelalters eingegangen hat.

Dem baierischen Gesetze folgten seit 1838 die übrigen deutschen Staaten, alle zwar auf der Abschreckung aufgebaut und außer Stande, vom Schrecklichen sich loszusagen und zum Humanen überzugehen, aber sie sind alle das Bild des unter dem rücksichtslosen Schwerte des Verstandes und der Wissenschaft im Volke unterliegenden Vorurtheiles in legislatorischen Kreisen. Sie sind daher sämmtlich als Fortschritt in der

Gesetzgebung zu betrachten. Sie alle haben die Erfahrungen in Baiern theilweise mit Glück zu benützen gewußt, und die Gesetzbücher, welche seit 1852 in Oesterreich, Preußen, Sachsen, Baiern erschienen sind, geben Zeugenschaft davon, daß auch die Wissenschaft im neunzehnten Jahrhundert eine Großmacht geworden ist.

Aber auch die Epoche dieses Fortschrittes ist heute schon zu Ende, und die Wissenschaft besteht mit unwiderstehlich wirkendem moralischem Drange auf der Hinwegräumung der letzten Andenken an Peinlichkeit. Wir stehen heute an der Schwelle einer Zeit, wo von neuen Gesetzentwürfen und von Reformen die Rede ist, welche einen neuen Schritt zur Humanität enthalten sollen, während sich die früheren Gesetze kaum eingelebt haben. Wann die mitteleuropäischen Strafgesetze ganz rein von hochnothpeinlichen Flecken als wahre Vermittlungsglieder der Humanität dastehen werden? Wer kann das wissen! Daß dieses unter sich ruhig entwickelnden Zeitverhältnissen nicht mehr Jahrhunderte brauchen wird, wie ehedem vom Anfange an bis auf die Karolina, und von da bis auf heute, das ist gewiß.

Mit den positiven Reformen aber hat es ein eigenes Bewandtniß, und es ist nothwendig, dieses zu kennen, wenn jene praktisch werden sollen.

Es ist einmal Faktum, daß nicht die Wissenschaft, sondern ganz andere Elemente, öfters sogar zuwidere, am Legislationstische walten. Es ist nicht der Ort, sich weiter darüber auszulassen, genug: sie sind nun einmal da, sie bilden die statuirende Macht in der Politik und im Rechte, es läßt sich nicht schlechterdings gegen sie ankämpfen. Die Wissenschaft stellt ihre Forderungen rein, unvermischt und nicht verklausulirt hin. Sie sind aber so nicht durchführbar, eben aus Gründen, die außer aller Wissenschaft und außer dem Rechte liegen. Im Kampfe mit den Regierungsmaßnahmen muß nun die Wissenschaft, wenn sie das Gebiet der juridisch-praktischen Einrichtungen betritt, der unüberwindlichen Gewalt gegenüber den Standpunkt der Klugheit mit hineinziehen und von ihren Forderungen so viel zu erreichen trachten, als sie nach gegebenen Umständen zu erreichen gegründete Hoffnung hat. Ihre Anforderung an das praktische Gesetz wird daher leichtlich mit ihrem reinen Wesen in Widerspruch gerathen können, aber in einen scheinbaren, da ihr Ziel doch nur die Reinheit ist. Wir wollen durch das Gesagte nur den Vorwurf von der Wissenschaft abhalten, als werde sie wegen Vortheilen ihren Begriffen untreu. Sagt z. B. der Gelehrte in der Gesetzgebungskommission: Nieder mit der Todesstrafe! und ant-

wortet der Justizminister: Die Regierung geht nur dann auf den Entwurf ein, wenn der Standpunkt der Todesstrafe schlechterdings nicht bei Seite geschoben wird, — so wird, wenn beide auf Ihrem beharren, gar nichts, auch nicht das Bessere zu Stande kommen. Es wird also vielmehr der Gelehrte so viel Gebiet zu gewinnen trachten, als er merkt, daß die Regierung gewisse Positionen nicht mehr halten kann, oder sich dort selbst für schwach erklärt, man wird also die Schärfungen der Todesstrafe oder ihre Oeffentlichkeit verdammen, und sie auf so wenige Fälle reduziren, als es eben angeht u. s. w.

Es ist ein bedauerlicher Umstand, daß keine einzige Regierung großsinnig genug ist, einmal einen ganzen tüchtig-reinen Griff zu thun, um etwas Vollkommenes zu schaffen, um so mehr, da das relativ Vollkommene gewußt und gekannt wird.

„Vergleicht man die neuesten Arbeiten auf dem Gebiete der Strafgesetzgebung, so überzeugt man sich leicht, daß sie aus einem Kampfe der neueren, besseren Ansichten, denen die Gesetzgeber nicht ganz widerstreben können, mit den bisherigen eingewurzelten Vorstellungen hervorgehen und einen Charakter der Halbheit an sich tragen, weil man nicht den Muth hat, die Bahn zu brechen." — So spricht der greise Mittermaier, der alle diese Gesetze geboren werden und gebären sah (im Arch. des K. R. 1856, S. 233[1]), und weiterhin (ebendort): „Man versucht mannigfaltige Auswege, aber man entschließt sich nicht zu einer durchgreifenden Abhilfe. Man spricht von der Nothwendigkeit, die Besserung der Sträflinge einzuführen; aber die Mittel, welche man anwendet, die Art, wie man an der bisherigen, auf andere Voraussetzungen berechneten Einrichtung zu flicken sucht, lehrt, wie wenig klar die Gesetzgeber sich sind." — Aber eben, weil sich die Gesetzgebungen gerade jetzt im schwankenden Zustande befinden, zu den Forderungen der Wissenschaft zustimmen, aber doch nur mit schüchterner Hand an's Werk gehen, ist es der geeignete Moment, den Zustand der letzten Gesetzgebung scharf in's Auge zu fassen, um gerade die schwachen Seiten zu Gunsten des Fortschrittes abzulauschen. Hiebei werden wir Oesterreich vor der Hand ausschließen, um es dann insbesondere einer

[1]) Siehe überhaupt alle im Archiv des K. R. von Mittermaier unter der Aufschrift: „Ueber den gegenwärtigen Zustand der Gesetzgebung" oder: „Ueber die Fortschritte in der Strafgesetzgebung" gelieferten Aufsätze. Eben so Zachariä ebenda 1856, S. 91; ferner derselbe ebenda 1853, S. 153, und ähnliche in demselben Bande enthaltene Arbeiten; endlich Levita im Gerichtssaal, 12. Jahrg., 6. Heft: „Von der Karolina bis zur Gegenwart."

Prüfung zu unterziehen. Daß ſich das Augenmerk vorzüglich, ja ausſchließlich auf die Strafmittel richten wird, rechtfertigt der Zweck vorliegender Arbeit.

D. Das iſt als Zweck der Strafe in unſeren heutigen Strafgeſetzen feſtzuhalten, daß ſie alle ſtreben, den bösgeſinnten Menſchen durch die angedrohte und vollzogene Strafe von der Verübung der Verbrechen abzuhalten. Alſo noch immer der Feuerbach'ſche Standpunkt. Die Wiſſenſchaft aber hat ihn längſt verurtheilt, und die Geſetzgebungen, dem allgemeinen Drängen nachgebend, erkennen die Beſſerung auch als Strafzweck an, ohne jedoch ihre alte Anſicht aufzugeben. In dieſem Nachgeben begriffen, konzeſſionirten ſie verſchiedene Verbeſſerungen, deren Charakter jedoch ſich immer mehr ausſchließliche Anerkennung, ja poſitive Geltung verſchafft, ſo daß das Strafrecht nach längerem Schwanken und Schweben zwiſchen dem alten und dem neuen Punkte einer neuen Metamorphoſe entgegengeht. In dieſem zwitterartigen Schweben befindet ſich eben die jetzige Geſetzgebungsphaſe, was den Strafzweck anbetrifft.

Was nun die Strafmittel ſelbſt anbetrifft, ſo gibt es als nach deutſchem Rechte angenommene Strafen: 1. Die Todes-, 2. die Freiheits-, 3. die Ehren-, 4. die Vermögens- und 5. die Leibesſtrafe.

Eine wichtige, erſt im modernen Strafrechte aufgekommene, nunmehr überall eingeführte Eintheilung iſt jene in Haupt- und Nebenſtrafen, d. i. in ſolche, welche ſelbſtſtändig für ſich angedroht werden, und gewöhnlich auch zur Bezeichnung der Klaſſe der ſtrafbaren Handlungen dienen, und in ſolche, welche blos als verſtärkende Zuſätze, als ſogenannte Strafſchärfungen zu den Hauptſtrafen hinzugefügt werden.

In Einzelnheiten iſt allerdings nicht überall Gleichförmigkeit, und es beſtehen nicht überall dieſelben Nebenſtrafen, vielmehr iſt Mehreres da Nebenſtrafe, was dort Hauptſtrafe iſt.

ad 1. Die Todesſtrafe beſteht jetzt noch in allen deutſchen Staaten. In Folge der politiſchen Stürme des Jahres 1848 zwar auf einige Zeit in mehreren Staaten, als: Weimar, Schwarzburg, Anhalt, Koburg, Altenburg, Würtemberg, Heſſen, Kurheſſen, Braunſchweig, Baden, Naſſau, Bremen, Frankfurt, Hamburg, Schleswig-Holſtein aufgehoben[1]), wurde ſie

[1]) Siehe die deutſchen Reichsgrundrechte, welche von dem Frankfurter Reichsparlamente votirt wurden, und worin die Aufhebung dieſer Strafart ausgeſprochen wird.

allmälig wieder eingeführt. Abgesehen von dem kühnen Wunsche der Abschaffung dieser Strafart mußte man mit widerstrebender Hand bis in die letzte Zeit hinein den Unterschied zwischen einfacher und geschärfter Todesstrafe für Deutschland gelten lassen, und wenn auch diese Unterscheidung durch die neuesten Gesetze an praktischer Wichtigkeit verloren hat, so sind doch noch immer nicht alle Konsequenzen derselben geschwunden. Denn will man rigoros vorgehen, so muß man die Oeffentlichkeit der Todesstrafe, dann die Einschränkung des Dispositionsrechtes über das Vermögen für eine Schärfung ansehen. Diese Zusätze zur Todesstrafe existiren aber auch nach den neuesten Gesetzen noch, und mit ihnen streng genommen auch der Begriff der Schärfung. Ehe aber jene neuen Gesetze entstanden, hatte der Begriff: „geschärfte Todesstrafe" in Baiern, Oldenburg und Hannover volle Geltung. Baiern statuirte im Art. 5 seines Ges. von 1813 den Armensünderanzug, Einschränkung der Dispositionsfähigkeit über das Vermögen[1]) und Ausstellung am Pranger im Art. 6. Letztere Bestimmung ist freilich schon durch Ges. v. 18. Novbr. 1849 sammt der Brandmarkung und dem bürgerlichen Tode für die Kettensträflinge aufgehoben worden, aber erstere Bestimmung im Art. 5 stand bis zum neuen baierischen Strafgesetze von 1860 aufrecht. Alle diese Normen, grause Erinnerungen an vergangene Jahrhunderte und konsequente Ausgeburten Feuerbach'scher Theorie sind freilich durch das neueste baierische Strafgesetzbuch von 1860 aufgehoben, und gegen weit humanere, dem preußischen Gesetze von 1851 analoge Bestimmungen umgetauscht worden. Oldenburg nun hatte im Jahre 1814 das baierische Gesetzbuch und mit ihm alle seine Gebrechen zu dem seinigen gemacht. Durch die Annahme des preußischen Strafgesetzbuches im Jahre 1858 hat es jedoch einen mächtigen Fortschritt gemacht, und während es in der Reihe der Staaten je nach ihrem Fortschritte rückwärts stand, steht es jetzt mit Preußen und Baiern voran. Hannover allein ist immer noch auf seinem alten System von 1840 stehen geblieben, wird sich aber wohl von dem allgemeinen Drängen nach Vorwärts, dem

[1]) „Wer das Leben verwirkt hat, soll mit entblößtem Kopfe, gekleidet in einen grauen Kittel, mit einer Tafel auf der Brust und Rücken, worauf sein Verbrechen genannt ist, zum Richtplatz geführt und daselbst enthauptet werden. Sein Vermögen fällt an seine Erben; doch ist er am Tage der Rechtskraft des Urtheils unfähig zu einer letzten Willensverordnung oder Schenkung unter Lebenden."

allgewaltigen Streben nach Humanität baldigst bewegen lassen, auch die letzten Mackel seiner strafrechtlichen Gesetzgebung auszuwischen. Vieles ist schon durch sein Polizeistrafgesetzbuch (siehe dessen §§. 18 u. die ff.) und durch Nachtragsverordnungen geschehen; so ist unter Anderen die im Art. 9 angeordnete Schleifung des Verurtheilten zum Richtplatze auf einer Kuhhaut nicht mehr gestattet.

Man begreift kaum, wie neben dieser Bestimmung die schöne Verfügung aufkommen konnte: „Der zum Tode Verurtheilte bleibt berechtigt, über sein Vermögen zu verfügen." (Siehe denselben Art.) — Was nun die Oeffentlichkeit betrifft, so ist sie noch in mehreren Staaten angeordnet. Gewöhnlich findet sich noch die Bestimmung angehängt, daß mehrere zugleich Hinzurichtende so zum Tode gebracht werden sollen, daß Einer den Anderen nicht sehe. Schwangere sollen nach überstandenem Wochenbette hingerichtet werden. Heutzutage, wo die Abschreckungsidee längst zu Grabe getragen wurde, ist auch der Grund für die Oeffentlichkeit der Todesstrafe entfallen. Wir schließen uns mit ganzem Herzen den Gegnern der öffentlichen Vollziehung, beziehungsweise den Anhängern der Intramuran-Hinrichtung an — natürlich nur in der Voraussetzung, daß irgend ein Legislator überhaupt noch nicht von der Strafart selbst lassen will — und behaupten geradezu, daß sie unter der Herrschaft der absoluten Strafidee zu den Schärfungen der Todesstrafe gehört. Uebrigens muß bemerkt werden, daß die Intramuran-Hinrichtung in legislativen Kreisen, unter den Praktikern und Theoretikern und im Volke selbst von Tag zu Tag immer mehr Anhänger zählt. Das beweisen schon die neueren und neuesten Gesetzgebungen. So findet in Preußen, Oldenburg, Baiern, dann in Weimar, Sondershausen, in Braunschweig (seit 16. Aug. 1853), in Baden (seit 6. März 1845), in Würtemberg und Hamburg die Vollstreckung nicht mehr öffentlich statt[1]). Eben so ist der Armensünderanzug nirgends mehr angeordnet. Die Einschränkung des Dispositionsrechtes über das Vermögen des Verurtheilten besteht jedoch noch als rechtliche Folge der Todesstrafe zugleich mit dem Verluste der bürgerlichen Ehre. Was man gegen die Ehrenstrafen überhaupt anführt, ließe sich natürlich auch hier sagen[2]). Diese Bestimmung

[1]) Siehe dagegen die Zweifel an der Zuversicht und Sicherheit dieser Vollstreckungsweise bei Zachariä Arch. des K. R. 1856, S. 102 und 103, dann Mittermaier's Gründe ebenda 1855, S. 304.

[2]) Siehe z. B. Hälschner, System des preußischen St. R., S. 451.

kennt sogar auch das sonst so vortreffliche Strafgesetzbuch von Preußen im Art. 7, 2. Absatz [1]).

Mit Ausnahme Oesterreichs (Todesstrafe durch den Strang) wird die Todesstrafe in ganz Deutschland durch die Dekapitation vollzogen. Diese ist doppelt: Mit dem Schwerte oder Beile; oder was weit zweckmäßiger ist, mit dem Fallschwerte oder Fallbeile. Ersteres lenkt Menschenhand, letzteres die Maschine. Die Maschine (Guillotine) ist in Hessen, Sachsen, Würtemberg, Baiern, Hamburg, Baden, Weimar und Hannover eingeführt. Außerdem ist noch das Erschießen als Militärstrafe üblich.

So wie die Intramuran-Hinrichtung, gewinnt auch das Fallschwert immer mehr Vertheidiger, und mit vollem Recht, da nicht nur die sichere Maschine vor der unsicheren Menschenhand schon an sich den Vorzug verdient, sondern auch aus dem rationellen Grunde, daß es der absoluten Unabhängigkeit des Rechtes weit mehr entspricht, wenn der Verbrecher durch den strafenden Arm der Gerechtigkeit ohne unmittelbare Mitwirkung des Menschen gleichsam von selbst getroffen wird.

Was aber mehr als alle die hier angeführten Umstände zu Ungunsten der strafrechtlichen Kultur in Deutschland in die Wagschale fällt, ist die maßlos häufige Androhung der Todesstrafe. Die Vollziehung derselben hat zwar — man muß es gestehen — mächtig abgenommen aus rechtlich-humanen Gründen, die sich bis zu den Thronen der Könige Zugang zu verschaffen wußten; aber eben darum haben die betreffenden Gesetzartikel an haltbarem Grund unter ihren Füßen verloren, sie werden zu unwürdigen Gespenstern, denen der Spaß gar häßlich steht, sie werden aber, was das Wichtigere ist, zu gefährlichen Werkzeugen in den Händen einer absolutistischen Kamarilla oder Bureau-Justiz. Diesen Einwurf müssen selbst Jene zugeben, welche die Todesstrafe als das extremste Mittel der strafenden Justiz für gewisse Fälle vertheidigen. Dies gilt namentlich von den sogenannten po-

[1]) „Mit der Todesstrafe ist zugleich auch der Verlust der bürgerlichen Ehre zu erkennen, wenn dies entweder für einzelne Fälle im Gesetze ausdrücklich bestimmt ist, oder wenn festgestellt wird, daß das mit der Todesstrafe bedrohte Verbrechen unter besonders erschwerenden Umständen begangen worden ist." — Die Bedenken gelten hier in noch höherem Grade, indem die erschwerenden Umstände, ja selbst die im Gesetze besonders bezeichneten Fälle, welche als Grundsätze allgemein lauten und gelten, durchaus in keinem nothwendigen Verhältnisse zur sittlichen Qualität stehen müssen, so daß in solchen Fällen hieraus eine wahre Strafschärfung entsteht.

litiſchen Verbrechen (Hochverrath, Landesverrath, Majeſtätsbeleidigung), weil ſie theils nach der ganz vagen, allgemeinen und unbeſtimmten Faſſung, theils wegen der verſchiedenartigen Beſchaffenheit der That die ganz gleichmäßig und unterſchiedslos gedrohte Todesſtrafe nicht rechtfertigen. Es ſind aber außerdem noch Brandſtiftung, Raub mit lebensgefährlicher Mißhandlung, öffentliche Gewaltthätigkeiten verſchiedener Art, wobei ein Menſchenleben zu Grunde ging, mit Todesſtrafe bedroht, der verſchiedenen Arten des Mordes nicht zu gedenken. Nur Preußen, Baden, Würtemberg, Oldenburg und Sachſen enthalten manche ganz vortreffliche Beſtimmungen und Unterſcheidungen, beſonders rückſichtlich der politiſchen Verbrechen, deren nähere Auseinanderſetzung hier jedoch nicht am Orte iſt. Es ließe ſich da beſonders für das öſterreichiſche Geſetzbuch und für Hannover manches Gute verwerthen. Selbſt das neue baieriſche Geſetz iſt von dieſem Vorwurfe nicht freizuſprechen.

ad 2. Unter allen Strafen ſind die Freiheitsſtrafen diejenigen, welche dem Staate die ſchwierigſte Aufgabe auflegen. Jede andere Strafart beſteht aus einzelnen momentanen Exekuzionsakten, die Ehrenſtrafen ſogar nur aus einem Ausſpruche; Richterſpruch und Exekuzion liegen hart aneinander, und ſind in kurzer Zeit abgethan. Sie ſind offenbar der exekutiven Gewalt die bequemſten. Die einzige Freiheitsſtrafe iſt nichts Momentanes, ſie iſt ihrem Begriffe nach etwas Dauerndes, Beſtändiges, und da ſich Verbrechen immer wiederholen, etwas Immerwährendes. Da es denn mit einem einmaligen Exekuzionsakte nicht abgethan ſein kann, ferner die Entziehung der Freiheit durch ein Gefängnißhaus geſchieht, ſo erfordert gerade nur dieſe Strafart die Errichtung eines ſtabilen Inſtitutes durch den Staat. Schon dieſer kahle Umſtand allein zeichnet dieſe Strafart vor den übrigen aus, und deutet ſchon jetzt darauf hin, daß der Staat mit Geld- und Zeitaufwand, mit Bedacht und Ueberlegung ſeine Einrichtung treffen muß. Aber dies Verhältniß iſt ſo einfach nicht. Eine die ganze Strafart durchdringende ja ſie ganz und gar beſtimmende Komplikazion bringen die heutigen Anforderungen an den Strafzweck mit ſich, nämlich vor Allen die Beſſerung des Verbrechers, woraus ſich ergibt, daß es mit der bloßen Einſperrung und Sicherheit vor dem Entkommen noch nicht abgethan ſei; der Kerker wird zum Bildungsinſtitute, und zwar zu einem deſto ſtrengeren, als man es geradezu mit verdorbenen Zöglingen zu thun hat. Der Strafzweck fordert in der Freiheitsſtrafe vom Staate die größte Sorgfalt in der Einrichtung, eine eingehende Sichtung aller der ver-

schiedenen Rücksichten, die sich bis auf das Individuum erstrecken sollen und eine Ausstattung mit Bildungsmitteln, welche nicht so sehr durch ihre Großartigkeit, als vielmehr durch ihre moralische Solidität hervorstechen. Durch alles das werden die Gefängniße zu den schwierigsten und zugleich kostspieligsten Einrichtungen eines Staates, so, daß Karpzov's oder Damhouder's Geist sich verwundert fragen möchte, wer denn eigentlich durch die Gefängnißstrafe der Gestrafte sei, der Verbrecher, dem es relativ zu seinem früheren niederträchtigen und häufig auch zu seinem materiellen Vorleben unvergleichlich besser geht, oder der Staat, der sich eine solche moralische und pekuniäre Sorge aufgehalst hat?

Und doch konzentriren sich die Forderungen aller Kriminalisten, ja jene des gesammten Volkes gerade auf diese Strafart. Die Todesstrafe soll entfallen, ebenso die Leibesstrafe, gegen die Ehrenstrafe ist viel eingewendet worden, übrigens ist sie Nebenstrafe, die Geldstrafe endlich bezieht sich auf mindere Vergehungen, es bleibt somit für die Hauptmaße der Verbrechen die Freiheitsstrafe übrig.

Nach all' dem Gesagten wird es leicht erklärlich sein, warum die Ausbildung dieser Strafart, — wir möchten sagen — erst in unsere Tage fällt. Und lange noch wird man sich über die Hauptfragen streiten, ehe die abstrahirende Vernunft und vorwiegend die Erfahrung hierin ihren Endausspruch thun werden.

Die Geschichte der razionellen Freiheitsstrafe fängt also, sagen wir, jetzt eben erst an, was soll man dann von den vorhergehenden Jahrhunderten sagen? Das frühe Mittelalter kannte wie natürlich in seiner Rohheit gar keine Gefängnißstrafe. War ja doch die Strafe überhaupt nichts als ein roher Akt der racheschnaubenden Gerechtigkeit, eben nur wieder die Zufügung eines Uebels, unter dem Zeichen roher Lust, wobei der Strafakt selbst als Spektakulum für das Volk mit einem Male abgefertigt wurde. Einem solchen Geiste hätte die Gefängnißstrafe wohl kaum zugesagt, war sie ja doch in ihrem Wesen viel zu zahm und sanft.

Die einzige Freiheitsstrafe war die Landesverweisung, welche ziemlich häufig in Anwendung kam, und da auch das gemeine Recht in subsidio zur Geltung kam, so muß man die analoge confinatio (Verstrickung), d. h. die Anweisung eines gewissen Bezirkes mit dem Verbote denselben zu verlassen, auch noch hierher zählen. Aber bald mußte sich das Unzweckmäßige dieser Strafart zeigen, denn, thaten es alle Staaten, so schickten sie sich gegenseitig ihren Auswurf zu, that es nur einer oder der andere, so entstand jenem ein Unrecht dem

die Verbrecher zugeschickt wurden, ohne daß er sich der seinigen entledigt hätte. So mußte die Strafe von selbst aufhören, aber da nach und nach auch die verstümmelnden Leibesstrafen aufhören sollten, so war man wohl häufig in Verlegenheit, was man an die Stelle setzen solle und wandte sich so nothgedrungen an die Einsperrung.

Zuerst waren es die Stadtrechte, welche eine Einsperung aufbrachten, aber welcher Art! Es war die Unschädlichmachung eines wilden Thieres; von höheren Rücksichten, und von Besserung war keine Spur. Die Bestie sollte im Menschen kirre werden, und darum waren die Gefängniße eher Käfige und die Behandlung eine den Thieren angemeßene. Daher kommt es, daß die mittelalterliche Verblendung Verbrecher mit Narren in einen Ort, den sogenannten „Thurm" sperrte. Später baute man besondere Zuchthäuser oder richtete Festungen zu diesem Zwecke her. Die Verbrecher mußten dabei in Banden öffentliche oder auch häusliche Arbeiten verrichten. Da nirgends ein sittlicher Zweck, sondern höchstens die Unschädlichmachung als überall gemeinsame Intenzion vorwaltete, so war die Einrichtung der Freiheitsstrafe je nach Land und Leuten, je nach Landesfürst und Gericht eine buntscheckige, aber überall schlecht. Körperliche Züchtigung wurde während der Strafzeit nicht aus Disziplin für begangene strafbare Handlungen, sondern als Homogenon der gebührenden Behandlung und gleichsam als promemoria für die Vergangenheit und für die etwaige Zukunft, mehrmals applizirt. Die Kost war schlecht, die Behandlung roh, Unterricht oder sonstiger bildender Umgang war gar keiner, wohl auch darum, daß man selbst keinen bieten konnte; ebenso mangelnd war die Sorge für das fisische Wohl. Auf dem Lande entwickelte sich das Gefängnißwesen ungleich später, denn es fehlte an Gelegenheit für die Aufbewahrung und so kommt es, daß noch die Karolina seltene und da unvollkommene Gefängniße antraf. Am Lande war lange nach ihr noch die urpheda de non redeundo in Gebrauch, in Städten die Einthürmung im Wege der Gnade, oder die Einsperrung in ein für Verbrecher durchaus nicht bestimmtes Arbeitshaus, endlich in einzelnen Ländern die Galeerenstrafe, zu welchem Zwecke dieselben mit den Niederlanden oder mit Venedig Staatsverträge abschloßen.

So eingerichtet oder vielmehr zugerichtet waren die Gefängniße bis in unser Jahrhundert hinein, und es ist das Gefängnißwesen noch heutzutage an sehr vielen Orten die mangelhafteste aller Strafarten. Der oben erwähnte Umstand jedoch bewirkt, daß gerade sie die meiste Beliebtheit erfahren hat, und daß sich zuerst die Praxis sowie später

die Legislazion ihrer in immer reicherem Maße bediente. Das ist auch Ursache, daß die Freiheitsstrafe in Deutschland so viele Unterarten kennt.

Wir wollen hier nur die Hauptunterscheidungen anführen, und auf die einzelnen Abweichungen bei den Hauptklassen, denen sie am nächsten stehen, hindeuten.

Deutschland [1]) kennt also heute, die Gefängnißstrafe, die Verweisung, und die Stellung unter Polizeiaufsicht. Die Gefängnißstrafe ist: a) Das Zuchthaus b) Das Arbeitshaus und c) Das einfache Gefängniß.

Die verschiedenen Bezeichnungen der Gefängnißstrafen stimmen in den deutschen Gesetzbüchern leider durchaus nicht überein, so daß es nicht immer zutrifft, mit dem Namen zugleich auch den Grad der Härte zu bezeichnen, und es daher zweckmäßiger erscheint, die Strafen ohne Rücksicht auf ihren Grad nach ihrer Wesenheit zu benennen, und die einzelnen deutschen Strafgesetze darnach einzureihen. Ferner scheint mit Wahrheit bemerkt werden zu können, daß diese Mannigfaltigkeit in den Gefängnißarten mit Bezug auf den Strafgrad nicht gerechtfertigt ist, daß daher eine bedeutende Vereinfachung eintreten könnte.

ad a) Den härtesten Grad der Freiheitsstrafe bildet die Zuchthausstrafe, nur in Hannover und Braunschweig wird derselbe Kettenstrafe genannt. [2]) Da aber diese beiden Staaten außerdem noch einen niederen Strafgrad kennen, welchen sie Zuchthaus nennen und als weitere Grade zugleich mit den übrigen Staaten Zwangsarbeitshaus und Gefängniß aufgestellt haben, so unterscheiden sie sich von den übrigen darin, daß ihnen zwischen dem härtesten und dem nächst minderen Strafgrade noch ein Zwischengrad der Freiheitsstrafe, gewiß nicht zum Vortheile der Einfachheit, und ohne allen Grund für dessen Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit bekannt ist. Es entspricht dann die Kettenstrafe in Hannover und Braunschweig der Zuchthausstrafe der übrigen, ebenso das Arbeitshaus, und Gefängniß, während das Zuchthaus daselbst als eine Besonderheit zu betrachten ist. Die Zuchthausstrafe daselbst ist daher als der niedere Grad nur zeitlich während dieselbe in den übrigen als der härteste Grad sowohl lebenslänglich als zeitlich sein kann [3]). Abgesehen

[1]) Siehe hiezu Heffter Lehrbuch am Ende. Dann Häberlin Grundsätze des Kr. R. I Bd. S. 115 u. ff

[2]) Ebenso nach dem früheren bayerischen Ges. v. 1813.

[3]) In Braunschweig darf die Zuchthausstrafe nicht unter zwei und nicht über zehn Jahre in Hannover nicht unter zwei und nicht über acht Jahre verhängt werden.

also von dieser Eigenthümlichkeit unterscheiden wir die Zuchthausstrafe (Kettenstrafe) in eine lebenslängliche und zeitliche. Hannover, das überhaupt an gar so vielen Mängeln leidet, läßt die Kettenstrafe außerdem noch in zwei Grade, den ersten mit leichterer Arbeit und leichteren Ketten und den zweiten mit härterer Arbeit und schwereren Ketten zerfallen [1]).

Die so ziemlich überall eintreffenden Merkmale der Zuchthausstrafe sind: 1. Zwangsarbeit zumeist in Fesseln [2]), was sich bei der Kettenstrafe übrigens von selbst versteht. Fehlt es an derlei Arbeit, so tritt die schwerste Hausarbeit an die Stelle. Die Arbeiten selbst werden nunmehr durchaus innerhalb der Strafanstalt verrichtet, so daß der Unterschied zwischen öffentlicher und der Hausarbeit entfallen ist. Baiern, Oldenburg und Hannover ordneten früher öffentliche Arbeit an, aber selbst in Hannover wurde die betreffende Gesetzesstelle durch nachträgliche Verordnungen modifizirt.

Was überhaupt sowohl die Oeffentlichkeit als die Härte der Arbeit anbetrifft, so haben sowohl besondere Regierungsverordnungen, als auch die Praxis in Folge der in neuester Zeit im Gefängnißwesen für nöthig erkannten Reformen oft anders verfügt. Oft sind die Gesetze selbst auf halbem Wege schon durch die Fassung des Wortes entgegengekommen, denn es steht in manchen Gesetzbüchern nur „Arbeit", so z. B. im Thüringischen St. G. B., in Baiern, Preußen, dagegen Baden (harte Arbeit), Sachsen-Altenburg (schwere Arbeit); Würtemberg allein verordnet: „Arbeit innerhalb der Anstalt", ebenso Braunschweig. 2. Eine besondere von den Sträflingen niedrigeren Grades ausgezeichnete Kleidung [3]). 3. Verlust der

[1]) Ebenso zerfällt auch die Zuchthausstrafe in einen leichteren und schwereren Grad. Diese Unterscheidung ist in Braunschweig nicht bekannt. Es gibt daselbst nur: Lebenslängliche und zeitliche Kettenstrafe dann zeitliches Zuchthaus. Der Unterschied zwischen zeitlicher Kettenstrafe und zeitlichem Zuchthaus liegt dann nur in der Strafschärfung d. h. in der häufigeren Einsperrung in Einzelnhaft und Abbruch an der gewöhnlichen Kost. Hannover dagegen: Lebenslängl. Kettenstrafe ersten Grades, dtto. zweiten Grades; zeitliche Kettenstrafe ersten Grades, detto zweiten Grades; Zuchthaus mit leichterer Arbeit, dtto. mit schwererer Arbeit; dann erst noch Zwangsarbeitshaus, und Gefängniß. Welche Zersplitterung!

[2]) In Sachsen (Art. 13 u. 14) erhalten die Sträflinge, welche wenigstens zweimal Zuchthaus- oder wegen eines vorsätzlichen Verbrechens Arbeitshausstrafe verbüßt haben, ein Beineisen, weibliche im gleichen Falle einen mit einer Kette am Fuße befestigten Klotz.

[3]) Oft ist eine doppelte halb weiße halb schwarze angeordnet. Auch in dieser das Gesetz mehr als den Sträfling zeichnenden Verordnung sind durch Abschaffung Forschritte zum Humaneren gemacht worden. Scheeren der Kopf-

bürgerlichen Ehre, d. i. der Würde eines Staatsbürgers und aller jener theils politischer, theils Privatrechte, welche das Gesetz insbesondere bezeichnet und deren wir unter den Ehrenstrafen besonders gedenken wollen [1]). Als etwas besonderes verdient der Umstand Bemerkung, daß der Verlust des Adels nur noch in Hannover unter die Folgen der Zuchthausstrafe gerechnet wird, ferner, daß Preußen, Baiern, Oldenburg, Baden, Hannover und die thüringischen Staaten die Ehrenfolgen schon an die Verurtheilung knüpfen, während sie in den übrigen Staaten erst mit dem Erleiden der Strafe eintreten. 4. Die während der Dauer der Strafe gestatteten Schärfungsarten [2]). Es sind die verschiedenen Kombinazionen von Fasten, schwererer Arbeit, Einzeln- und Dunkelhaft, hartes Lager, körperliche Züchtigung. Kgr. Sachsen gestattet nur für Rückfällige hartes Lager und Fasten, welche ununterbrochen niemals mehr als zwei Tage dauern dürfen, dafür jedoch läßt es unter gewissen Umständen körperliche Züchtigung eintreten. In Altenburg, Würtemberg, Hessen, Baden, Nassau darf lebenslängliches Zuchthaus niemals geschärft werden. Nicht so streng nehmen es bezüglich der Schärfungen die übrigen Gesetzbücher [3]) insbesondere Hannover (Ausstellung vor den Sträflingen, einsame Dunkelhaft abwechselnd bei Wasser und Brod.) 5. Die Zeitdauer der zeitlichen Zuchthausstrafe. In Hannover wird die Kettenstrafe nicht unter sechs Jahren erkannt, kann aber auch auf Lebenszeit lauten, das Zuchthaus nicht unter zwei und nicht über acht Jahre. Die meisten übrigen Gesetze halten sich an die Zeitdauer zwischen zwei oder drei bis achtzehn oder zwanzig Jahren, so Hessen, Baden, Nassau, die Thüringischen Staaten (nicht unter Ein

---

haare und des Bartes ist jedoch aus Sanitätsrücksichten beibehalten worden (Spinnhausfrisur).

[1]) Der bürgerliche Tod ist zur Ehre des neunzehnten Jhdts. den deutschen Gesetzbüchern unbekannt, und aus dem baierischen Gesetze durch Ges. v. 18. Nov. 1849, bis wohin er diesem Gesetze noch bekannt war (!) gestrichen worden.

[2]) Welche jedoch von Disziplinarstrafen gegen renitente Sträflinge wohl zu unterscheiden sind. Denn diese sind Hausstrafen, die unter gewißen Normen vom Leiter der Anstalt diktirt werden, jene sind ein Bestandtheil der durch den Richter im Urtheil diktirten Strafe.

[3]) Das unlängst zu Grabe gebrachte baierische Ges. verordnete sogar einsame Dunkelhaft bis zu acht Tagen abwechselnd bei Wasser und Brot! — Ihm nach früher Oldenburg. Sehr streng ist noch Hannover. Ueberhaupt war früher Baiern, Oldenburg und Hannover jene Trias, die immer genannt werden mußte, wenn es etwas zu tadeln gab.

Jahr), Preußen, Sachsen hingegen kennt die weiteste Ausdehnung nämlich von Einem bis zu dreißig Jahren, Sachsen-Altenburg nicht über fünfundzwanzig Jahre, Würtenberg nicht unter ein und nicht über zwanzig Jahre (Art. 1. Ges. v. 14. April 1855). Braunschweig, Kettenstrafe nicht unter fünf nicht über fünfzehn, Zuchthaus nicht unter zwei nicht über zehn Jahre. Der Zuchthausstrafe gleichgestellt, ist die Festungsstrafe, welche unter besonderen Umständen und aus Gnade als custodia honesta behandelt wird. Dabei finden die für die Zuchthausstrafe geltenden Anordnungen mit wenigen Abänderungen z. B. bezüglich einer angemessenen Beschäftigungsart, der Absonderung von anderen Sträflingen, und der Zubesserungen in der Lebensweise ihre Geltung.

Die Zuchthausstrafe wird gewöhnlich dann in die Festungsstrafe verwandelt, wenn der frühere Rang, Bildungsgrad oder Stand des Verbrechers, oder die Beschaffenheit des Verbrechens (politische Verbrechen, Duell) eine abgesonderte Behandlung motivirt [1]).

Einer besonderen Aufmerksamkeit würdig ist die Bestimmung des bayerischen Gesetzes, von 1813 im Art. 12. Bei der Verurtheilung auf unbestimmte Zeit bleibt dem Verurtheilten die Hoffnung durch thätlich bewiesene Besserung sich seine Freiheit wieder zu verdienen. Wenn nämlich derselbe während seiner Strafzeit wenigstens zehn Jahre hindurch ununterbrochen ausgezeichnete Arbeitsamkeit bewiesen, wegen Bosheit oder Ungehorsam keine Züchtigung verschuldet und sonst unverwerfliche Proben gebesserter Gemüthsart abgelegt hat, so darf derselbe nach Verlauf von sechzehn Strafjahren seine Begnadigung erwarten. Es ist dies eine Verordnung, die zwar schlecht zur Abschreckungsidee des bayerischen Gesetzes paßte, aber an sich human, höchst zweckmäßig, und eine nothwendige Konsequenz der Besserungsidee ist, welche bekanntlich alle deutschen Gesetzgebungen als Mitzweck in sich aufgenommen haben. Es wäre zu wünschen, daß die ziemlich reichen Erfahrungen in England und Irland in den sogenannten Zwischen- oder Uebergangsgefängnißen auch in Deutschland gerechtere Würdigung finden möchten. Doch davon später.

ad b) Der nächst mildere Grad der Freiheisstrafe ist die Strafarbeitshausstrafe (Zwangsarbeits- Arbeits-Korrekzionshaus.) Sie wird in besonders hierfür eingerichteten Anstalten ausgestanden, besteht

[1]) Hannover Art, 23 nennt die custodia honesta „Staatsgefängniß."

zwar auch in Zwangsarbeit und strenger Disziplin, doch ist die Arbeit nie öffentlich, außer wenn sich der Sträfling hiezu erbiethet [1]), auch ist sie nicht so hart, ebenso sind zwar die Schärfungen dieselben, aber in weit eingeschränkterem Maße und von milderer Qualität. Die Sträflinge verlieren auch nicht das Recht der freien Verfügung über ihr Vermögen. Die Zeitdauer wird nach Monaten bis zu wenigen Jahren ausgemessen. Die Kleidung ist zwar uniform, aber von jener der Züchtlinge verschieden, auch werden ihnen der Regel nach keine Fesseln angelegt. Nur Bayern und Preußen kannten zum Vortheile der Einfachheit des Strafsystems diesen Grad der Freiheitsstrafe nicht [2]).

Ueberall kann auch Arbeitshausstrafe in berücksichtigenswerthen Fällen und auf dem Gnadenwege in einen entsprechenden Grad der Festungsstrafe verwandelt werden.

ad c) Der leichteste Grad ist die einfache Gefängnißstrafe (Arrest). Sie entehrt gesetzlich nicht. Der Gefangene bleibt auch in seinen Privatrechten vollkommen unbeschränkt, Zwang in der Arbeit entfällt dann gänzlich, wenn sich der Gefangene aus Eigenem erhält, wobei ihm zugleich freisteht, sich angemessen zu beschäftigen. Letzteres gilt in der Regel auch von den ärmeren Gefangenen, nur müssen sie den einen Theil ihres Verdienstes an die Anstalt abgeben. Das Gefängniß, welches unter besonderer geregelter selbst der Schärfung fähiger Hausordnung steht, ist von dem Arbeitshause getrennt. Die Kost ist einfach, die Kleidung ärmlich aber nicht ausgezeichnet. Die Dauer variirt ausnahmsweise zwischen einem Tage bis auf fünf Jahre (so in Preußen), gewöhnlich jedoch zwischen mehreren Wochen und zwei Jahren. Braunschweig, Würtemberg, Baden und Hessen unterscheiden ein Orts- (Bezirks-Gerichts-) und ein Bezirks- (Kreis- Landes-) Gefängniß, und knüpfen daran vornehmlich Zeitunterschiede. Ganz besondere Vorschriften enthält das hannoveranische Gesetzbuch, indem es drei

[1]) Neuere Verordnungen, welche die Arbeiten der Sträflinge regulirt haben, und die Oeffentlichkeit der Arbeit aufheben oder beschränkten, haben auch hierin Modifikazionen herbeigeführt.

[2]) Preußen stellt auf: Zuchthaus (lebenslänglich und zeitlich), Gefängniß, und denen gleichgestellt die auf der Festung oder in andern dazu bestimmten Räumen auszustehende Einschließung (Festungsstrafe). Ebenso Oldenburg, dann das bayerische Gesetz: Zuchthaus nicht unter fünf Jahren, dann Gefängniß nicht über fünf Jahre. Diese Strafe kann auch auf der Festung verbüßt werden. (§§. 13, 16, 17).

Grade der Gefängnißstrafe unterscheidet, jenachdem Verschärfungen hinzuzutreten haben oder nicht [1]).

Die Verweisung und die Stellung unter Polizeiaufsicht müssen offenbar unter demselben Gesichtspunkte als Freiheitsstrafen betrachtet werden, nicht nur darum, weil sie ihrer Wesenheit nach die Freiheit der Person räumlich und auf negative Weise beschränken, indem sie einmal ein Land nicht zu betreten, das andere Mal ein Gebiet nicht zu verlaßen gebieten, sondern vielmehr darum, weil sie nichts anderes sind als die ehemalige Landesverweisung und Konfinazion in modernem Zuschnitte.

Auf das Ungebührliche der Landesverweisung für die deutsche Rechtseinheit ist schon oben hingewiesen worden, ebenso darauf, daß man dieses sonst so häufige Strafmittel aus dieser Ursache aufgegeben hat. Die heutige Verweisung ist keine eigentliche Strafe mehr, sondern eine polizeiliche Maßregel gegen solche Verbrecher, welche Ausländer sind. Diese sollen nach Hierlands überstandener Strafe aus dem Lande geschafft werden. Ebenso ist die Stellung unter Polizeiaufsicht nur eine Polizeimaßregel, welche darin besteht, daß der entlassene Sträfling einen gewißen Ort, in welchem er so lange als die Maßregel dauert von der Polizeibehörde aufmerksam beobachtet wird, ohne Erlaubniß derselben nicht verlaßen darf. Nichtsdestoweniger müssen diese beiden Maßregeln ihren Platz unter den Strafmitteln finden, denn wenn sie auch dem Staate Polizeimaßregeln sind, indem man sich für die Zukunft an der Person des Sträflings noch nicht völliger Gefahrlosigkeit versehen kann, man daher denselben auch fernerhin beobachtet, und in allen seinen Handlungen, wegen möglichen Rückfalls überwacht: so ist sie dem Sträflinge doch nichts weniger als eine Strafe im gewöhnlichen Sinne des Wortes, d. h. ein Uebel, welches er aus Ursache des bereits begangenen Verbrechens zu erleiden hat. Wenn nun dieses auch nicht mehr auf die Rechnung der zu sühnenden Gerechtigkeit, und zu erlangenden

[1]) Anmerkungsweise mögen hier die sogenannten Disciplinarstrafen ihre Erwähnung finden, d. i. Strafen, welche gegen Gefängnißsträflinge nicht in Folge des begangenen und bestraften Verbrechens, sondern in Folge der während der Strafzeit verschuldeten Uebertretungen der Hausordnung und Hausgesetze durch den Direktor der Anstalt verhängt werden. Da sie den Charakter der Züchtigung an sich tragen, so bestimmen auch die Gesetze nur die Arten ohne den Direktor in der Quantität der Strafe zu beschränken. Die Arten sind aber die uns schon als Strafschärfungen bekannten: Einsamer Kerker, dunkler Kerker, körperliche Züchtigung, Fasten, hartes Lager u. dergl.

Besserung kommt, so muß es oder sollte doch als ein zur Strafe hinzugefügtes Uebel in ihre Wesenheit sowohl quantitativ als qualitativ aufgenommen werden. Darum findet es auch konsequent seinen Platz in den Strafgesetzbüchern [1]).

Was nun die Landesverweisung für sich anbetrifft, so hat sich dieses Strafmittel wie gesagt aus seiner Häufigkeit bis auf die Ausweisung von Ausländern nach überstandener Kriminalstrafe reduzirt, und wird als Ueberbleibsel einer mittelalterlichen unklugen Einrichtung hoffentlich auch bald verschwinden. Denn wenn es unklug war, daß sich die Staaten ehemals die Verbrecher wechselseitig zuschickten; so ist es eben so unklug, weil vollkommen dasselbe, wenn sie sich wechselseitig die ihrigen, scil. Bösewichte, zusenden. Aber abgesehen davon, daß es ein Spott für Deutschland ist, wenn z. B. Baiern Jemanden nach Sachsen oder Preußen als Ausländer verweist, und eine bittere Satyre, wenn ein Deutscher nach Deutschland ausgewiesen wird; so gilt, oder sollte doch derselbe Einwand für die Völker Europa's nach den Grundsätzen eines humanen völkerumfassenden Rechtes gelten, und bedacht werden, daß z. B. dadurch Deutschland nur die französischen oder italienischen Bösewichte für die eigenen austauscht.

Nur rücksichtlich gewisser Verbrechen, namentlich der politischen, ließe sich eine Ausnahme denken, weil nicht jeder Verbrecher in jedem Lande Bösewicht zu sein braucht. Man sieht, daß der Rechtsgrund der Ausweisung eines Ausländers, so plausibel er auch nur sohin betrachtet aussieht, doch in sich eben so nichtig ist, wie die ehemals so häufige Landesverweisung in Deutschland.

Die Landesverweisung wird entweder auf gewisse Zeit, oder auf immer im Urtheile ausgesprochen [2]) und der Sträfling an die Landesgrenze gebracht. So in Baiern, Oldenburg, Würtemberg, Braunschweig, Hannover, Baden, Preußen, Thüringen.

Die Stellung unter Polizeiaufsicht muß ebenfalls schon im Erkenntnisse des Gerichtshofes enthalten sein, was ebenfalls un-

---

[1]) Es ändert nichts an der Wesenheit der Sache, wenn die Regierungen selbst die Verweisung für eine polizeiliche Maßregel erklären (z. B. Baiern Reskript vom 26. August 1814 und Art. 31 des St. G. v. 1813), denn hier entscheidet nicht das, was es der Regierung ist, sondern was es dem Betroffenen ist.

[2]) Würtemberg kennt nur lebenslängliche Verweisung. Es kann jedoch die Polizeibehörde zur Besorgung einzelner Angelegenheiten auf kurze Zeit die Erlaubniß zum Aufenthalte ertheilen. Die Strafe der unerlaubten Rückkehr ist geschärftes Gefängniß von mindestens acht Tagen.

zweideutig von dem strafrechtlichen Charakter der Maßregel Zeugniß gibt, und tritt dann ein, wenn sowohl nach Beschaffenheit des begangenen Verbrechens oder Vergehens oder nach der Persönlichkeit des Thäters eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit zu besorgen steht. Doch darf sie nur auf gewisse kürzere Zeit, und nie lebenslang verfügt werden.

Der Beaufsichtigte darf den ihm angewiesenen Gemeinde- oder Ortsbezirk ohne Erlaubniß einer zuständigen Behörde (Bürgermeister, Polizeibehörde, Bezirks-, Kreisbehörde) gar nicht oder nicht über Nacht verlassen; eine längere Entfernung erfordert auch die Erlaubniß einer entsprechend höheren (Bezirks-, Kreis-, Landes-) Behörde.

Jede Uebertretung ist mit einer besonders bezeichneten Strafe bedroht [1]). Auch steht es der Gerichts- oder der Polizeibehörde frei, jederzeit in der Wohnung des Invigilirten Haussuchungen anzustellen. Die Folgen jeder Kriminalstrafe bezüglich der Ausübung politischer Rechte, z. B. des aktiven und passiven Wahlrechtes, bleiben der Regel nach durch die ganze Zeit der Polizeiaufsicht aufrecht. Mit Ausnahme Preußens, welches die Polizeiaufsicht von Einem Jahre bis auf zehn auszudehnen erlaubt, gestatten die meisten übrigen Staaten, Würtemberg, Braunschweig, Hessen, Baden [2]), Nassau und Thüringen nur eine Zeit nicht unter Einem und nicht über fünf Jahren. Jede Uebertretung des Verbotes wird mit geschärftem Gefängnisse bis zu mehreren Monaten bestraft.

Wir haben den heutigen Freiheitsstrafen in Deutschland geflissentlich mehr Aufmerksamkeit schenken zu müssen geglaubt, weil — wenn nicht Alles trügt — der Geist des deutschen Strafrechtes und sein Schwerpunkt beinahe ausschließlich dorthin tendirt. Die Ausbildung derselben hat offenbar erst eine Zukunft vor sich, und unsere Tage sind jene der regsten Reformthätigkeit gerade auf diesem speziellen Felde. Bedauern muß man den Umstand, daß nicht nur der wissenschaftlichen Behandlung, wie aus obiger Darstellung erhellen mußte, sondern viel-

---

[1]) So in Würtemberg Ges. v. 13. Aug. 1849.

[2]) Baden fügt einige Bestimmungen hinzu, welche allen anderen Gesetzgebungen fehlen, aber gewiß sehr nachahmenswerth sind, und zwar: Der Invigilirte wird von der Aufsicht befreit, wenn er für die Dauer eine vom Richter bestimmte Kaution für sein Wohlverhalten leistet. Diese verfällt gänzlich oder theilweise; letzteres dann, wenn das neue mit Zuchthaus bedrohte Verbrechen ein geringeres ist, als das früher verübte. Die verfallene Sicherheitssumme fällt an den Verletzten, wenn sie vom Urheber der Verletzung sonst nicht beigebracht werden kann, sonst aber an die Staatskassa.

mehr noch der Reform die größten Schwierigkeiten aus der unendlichen Zersplitterung und Uneinheit der deutschen Strafgesetzbücher erwachsen müssen und werden. Wir wollen vor der Hand die deutsche Gesetzeinheit als einen mehr durch die Beschauung befriedigenden Gegenstand außer Acht lassen, und das Moment der Gerechtigkeit hervorheben. Man findet viele gerechte Brocken, aber sie sind über ganz Deutschland zerstreut, und Einer wird durch zehn andere ungerechte in seinen guten Wirkungen erstickt. Auch findet man einen guten Gedanken da, nur selten auch dort nachgeahmt. Gewiß muß sich das Volk fragen, ob denn diese vielen von einander verschiedenen Gesetze überall das einzig Gerechte sein können? Wir gestehen, daß wir da weniger auf die Einheit im Gesetze, als auf die Einheit der Gerechtigkeit und des humanen Geistes in Deutschland sehen.

ad 3. Bis zum Jahre 1849, wo der bürgerliche Tod als Rechtsfolge der Kettenstrafe aufgehoben wurde, galt folgende dreifache Eintheilung der Ehrenstrafen für Deutschland, nämlich: a) der bürgerliche Tod und die Rechtsschmälerung, b) die beschimpfenden und c) die beschämenden Ehrenstrafen. Der bürgerliche Tod besteht jedoch heutzutage nirgends mehr in Deutschland, weil man, obwohl spät genug, nicht blos den logischen Widerspruch, sondern auch desselben Ungerechtigkeit, ja dessen heutige Unausführbarkeit erkannte. Es blieben die einzig zu rechtfertigenden Ehrenstrafen, welche in der Entziehung einzelner oder mehrerer bürgerlicher und politischer Rechte bestehen. Daneben leider noch immer beschämende Ehrenstrafen. Auch die beschimpfenden sind bis auf wenige Spuren dem neuen besseren Geiste gewichen.

Eine weitere sehr wichtige Eintheilung der Ehrenstrafen für Deutschland ist die in Haupt- und Nebenstrafen, dann in dauernde und zeitliche Strafen.

Wir wollen die theilweise traurigen Ueberbleibsel einer barbarischen Zeit, deren gänzliche Hinwegräumung hoffentlich nicht mehr lange auf sich warten lassen wird, zuerst behandeln.

Die beschämenden Strafen sind: 1. Entsetzung eines Beamten, dann 2. gerichtlicher Verweis. Für Ersteren ließe sich immerhin noch eine Lanze brechen, letzterer ist zwar ein Uebel, ohne jedoch nach Anforderungen eines wahrhaft sittlichen Strafrechtes eine Strafe zu sein, er beschämt, aber bessert nicht. Hannover kennt außerdem noch 3. den Widerruf und die Abbitte[1]), welche auch in

[1]) Siehe jedoch Polizeistrafgesetz §. 18.

Baiern und Oldenburg bestanden, aber in ersterem durch Ges. v. 12. Mai 1848 aufgehoben wurden[1]). Außer Hannover kennt man diese beiden Strafen nirgends mehr. Auch der gerichtliche Verweis hat heutzutage viel an Kredit verloren, da er sich bei allen seinen verletzenden Eigenschaften, namentlich in mündlicher Form, für unwirksam erwies. Er ist sowohl mündlich als schriftlich. Nur Braunschweig und Hannover lassen den mündlichen, also den jedenfalls tadelnswertheren zu. Als unzweckmäßig hat ihn mit Recht Würtemberg zuerst ganz ausgeschlossen. Eben so das neue preußische Strafgesetz. Die neueren Anschauungen, die sich auch schon in legislativen Kreisen geltend machten, lassen vermuthen, daß Reformen auf strafrechtlichem Gebiete die Aufhebung dieser Strafart mitbringen werden.

Die Entsetzung des Beamten erscheint in den Gesetzbüchern in der verschiedenen Form als Kassation, d. i. Verlust des Amtes und allenfalls damit verbundenen Ranges, des Gehaltes und die Unfähigkeit zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern, Dimission oder einfache Dienstentlassung, ohne jener Unfähigkeit, dann Degradation oder Herabsetzung eines Beamten im Range und im Gehalte, Suspension oder vorübergehende Dienstenthebung, welche sich jedoch nur auf das bestimmte Amt und die damit verbundenen Bezüge bezieht, wegen welcher diese Strafe im Urtheile ausgesprochen worden ist.

Die Strafe der Entsetzung hat aber offenbar einen zweifachen Charakter an sich, sie ist nicht nur ehrenkränkend, sondern sie besteht weiterhin auch aus der Aufhebung aller jener Rechte, welche aus dem Beamtenverhältnisse für den Beamteten entspringen; somit fällt sie mit dieser Rücksicht unter die dritte Rubrik der Rechtschmälerung, und wir wollen dort nochmals darauf zurückkommen.

Mit einem besonderen Nachdrucke behandeln die deutschen Gesetzbücher endlich noch eine letzte beschämende Ehrenstrafe, nämlich 4. die öffentliche Bekanntmachung des Strafurtheils. Sie findet zumeist nur in Verurtheilungen zu schwererer Strafe statt, in geringeren Fällen gewöhnlich nur dann, wenn sie der Richter zur Ehre des durch das Verbrechen besonders Beleidigten oder zur Genugthuung eines unschuldig Verfolgten oder Verurtheilten für gut findet. In Hannover dient sie als Strafschärfung für die leichteren Fälle. Die

[1]) In Preußen bestand diese Strafe bis 1811.

Bekanntmachung geſchieht durch ein öffentliches Blatt oder durch Anſchlag am ſchwarzen Brette, oder endlich an den Straßenecken. In Würtemberg geſchieht die Bekanntmachung bei Erkenntniſſen auf Todes- und Zuchthausſtrafe auch noch überdieß in dem Gerichts- und Wohnorte des Verurtheilten. Braunſchweig ſchreibt ſie (außer den arbiträren Fällen, wo vom Richter darauf erkannt werden kann) nur dann vor, wenn auf Zuchthaus, Landesverweiſung oder Polizeiaufſicht erkannt worden iſt. Außer den ſchon genannten Staaten iſt dieſe Nebenſtrafe noch in Sachſen-Altenburg, Heſſen, Naſſau, in den Thüringiſchen Staaten und in Preußen bekannt.

Noch mehr als bei beſchämenden Ehrenſtrafen muß man die Aufrechthaltung der beſchimpfenden Strafen entſchieden mißbilligen. Den beſchimpfenden Aufzug des zum Tode Verurtheilten, wenn er zur Richtſtätte gebracht wird, haben wir bereits beſchrieben: es bleibt uns daher nur noch die öffentliche Ausſtellung am Pranger zu erwähnen. Baiern hob dieſe Strafe erſt durch Geſ. v. 18. Nov. 1849 auf. Hannover jedoch hat ſie wenigſtens im Strafgeſetzbuche ſtehen gelaſſen; Nachtragsverordnungen beſtimmen allerdings anders, indem ſie den Pranger nicht mehr geſtatten. Auch die Brandmarkung hat in Baiern bis zum Jahre 1849 exiſtirt.

Die Entziehung einzelner bürgerlicher oder politiſcher Rechte iſt die einzige Ehrenſtrafe, die eine rationelle Bearbeitung verdient, wenn auch weniger ſpeziell als Ehrenſtrafe im ſtrengen Sinne, als vielmehr als nothwendige Konſequenz der Freiheitsſtrafe und des durch das Verbrechen verwirkten Anſpruchs an die bürgerliche Geſellſchaft, worin dieſes Strafmittel zugleich ſeine Rechtfertigung findet. Was nun dieſen Punkt anbetrifft, ſo ſteht hier Preußen oben an, und läßt nichts zu wünſchen übrig. In Preußen iſt die Rechtsentziehung nur in ſo ferne Ehrenſtrafe, als dieſelbe in der Meinung des Volkes einen Makel an der Ehre mit ſich bringt, denn ihr Ziel iſt nicht die Ehre, ſondern die Rechtsſphäre des Beſtraften. Solche Ehrenſtrafen finden daher in der Vernunft ihre volle Beſtätigung. Ferner iſt die Rechtsentziehung dort bloße Nebenſtrafe, und endlich ſtellt das betreffende Geſetzbuch den Unterſchied zwiſchen dauernder und zeitlicher Ehrenſtrafe auf; Vortheile, mit denen ſich in ſolchem Vereine kein anderes deutſches Geſetz rühmen darf.

Der Verluſt von Rechten beſteht in Folgendem: Verluſt der Nationalkokarde (in Preußen), Unfähigkeit zu Aemtern, Würden, Titeln,

Orden, Ehrenzeichen, Verluſt des Adels, Unfähigkeit zum Geſchwornenamte, Verluſt des aktiven und paſſiven Wahlrechtes, der Zeugnißfähigkeit, Verluſt der Fähigkeit Vormund oder Kurator zu ſein, Verluſt des Amtes und Gehaltes, in den verſchiedenen oben angegebenen Formen, Verluſt des Rechtes Waffen zu tragen, Unfähigkeit in die Armee einzutreten, Verluſt des Verfügungsrechtes über das Vermögen und des Teſtirungsrechtes, Entziehung gewiſſer öffentlicher Konzeſſionen oder Gewerbsunternehmungen u. a. m.

Alle dieſe Rechte ſind in dem geſetzlich gebrauchten Ausdrucke: „bürgerliche Ehre“ enthalten und ihr Verluſt tritt eo ipso mit der Verurtheilung zu ſchwerer Strafe (nämlich der Ketten- und Zuchthausſtrafe) ein. Als akzeſſoriſche Strafe hat ſie auch in der That allein Sinn und Bedeutung, weil der Nachdruck auf die Hauptſtrafe fällt, und die Nebenſtrafe als ihre gerechtfertigte Konſequenz erſcheint; wenn aber die Ehrenſtrafe eine ſelbſtſtändige, d. h. ſelbſt Hauptſtrafe ſein will, ſo fällt ihr Gewicht auf die perſönliche Ehre, und dann hält ſie den Angriffen einer kritiſirenden Vernunft nicht Stand, wie wir ſpäter ſehen werden. Dies fühlen die Legislationen richtig heraus, und ſcheinen ſie auch ganz aufgeben zu wollen; indeſſen jedoch haben die Ehrenſtrafen durch die Praxis und gemäß den Anſchauungen des Volkes theilweiſe einen anderen Charakter angenommen, indem ſie theils unter den Geſichtspunkt der Vermögens-[1]), theils (wegen Beſchränkung der vollen Rechtsfreiheit) unter die Freiheitsſtrafen im weiteſten Sinne gefallen ſind.

Als ſelbſtſtändige Strafe iſt der Verluſt der Ehren- und Dienſtrechte dem würtembergiſchen, braunſchweigiſchen, hannoveraniſchen und dem heſſiſchen Geſetze bekannt. In Preußen, Baiern und Sachſen dagegen ſind die Ehrenſtrafen nur akzeſſoriſch.

Zeitliche Ehrenſtrafen kennt nur Preußen und Würtemberg, dauernde ſind allen Geſetzbüchern, mit Ausnahme des Gemeinde- oder Konzeſſionsverluſtes, dann der Demiſſion und Degradation eines Beamten, bekannt. Dasſelbe gilt bezüglich der Dispoſition mit dem Vermögen und bezüglich der Teſtirungsfähigkeit, welche mit dem Aufhören der Zuchthausſtrafe wieder aufleben. Die Dauer der zeitlichen

[1]) Daher zählt Baiern Art. 33 des Geſ. v. 1813 den beſtändigen oder zeitlichen Verluſt einzelner einträglicher Rechte oder Privilegien ganz konſequent unter die Vermögensſtrafen.

Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte ist im Art. 21 des preußischen Strafgesetzes auf wenigstens Ein und höchstens Zehn Jahre festgesetzt. Die Dauer der Strafe wird von dem Tage an berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt ist. Das Minimum und Maximum beträgt in Würtemberg Zwei, beziehungsweise Zwanzig Jahre.

ad 4. Von Vermögensstrafen kennt das deutsche Recht: a) die Konfiskation und b) die Geldstrafen.

Die Konfiskation aber ist an sich dreifach: die Konfiskation des ganzen Vermögens, die eines aliquoten Theiles, und die einzelner Gegenstände. Die beiden ersten Arten derselben waren dem älteren Rechte vom Kober her wohl bekannt, und noch viel häufiger im Gebrauche als dort. Die neuere Gesetzgebung jedoch hat dieselben fallen lassen und nur die dritte Art beibehalten. Sie ist in allen Staaten Rechtens und bezieht sich auf die Einziehung und den Verfall der Werkzeuge, womit das Verbrechen begangen worden, der Schriften, Darstellungen und Vervielfältigungen, falscher Maße, Münzen, Gewichte, defraudirter Waaren, verdorbener und verbotener Waaren und dergleichen. Die Konfiskation ist ihrer Natur nach stets als Nebenstrafe zu betrachten.

Die Geldstrafen richten sich auf bestimmte Summen, und stehen insgesammt auf geringere Verbrechen und auf Vergehungen. Doch ist ein Minimum und ein Maximum festgestellt, durch welches der Willkür des Richters Schranken gesetzt wird. Nassau und Hessen setzen es von Einem Gulden aufwärts bis auf neunzig Gulden fest, wenn in einzelnen Fällen nicht ein höherer Betrag verfügt wird; Preußen von Einem bis Tausend Thaler, Würtemberg bis zu Tausend Gulden, in so fern das Gesetz im besonderen Falle keinen höheren Betrag ansetzt. Hannover setzt fünfhundert Thaler als Maximum.

Geldstrafe ist oft Neben-, oft Hauptstrafe, oft alleinige Strafe, oft mit anderen zusammen, auch oft wahl- oder substitutionsweise Strafe. Auch kann dieselbe durch den Richter in Gefängniß- oder Handarbeitsstrafe verwandelt werden, wenn berücksichtigenswerthe Umstände es erfordern, oder wenn der Gestrafte die Zahlung zu leisten nicht vermag.

ad 5. Es kommt endlich noch vielleicht der wundeste Fleck in dem Systeme der Strafmittel, nämlich die körperliche Züchtigung (die Prügel- oder Ruthenstrafe) in Betracht. Seit den Stürmen der Jahre 1848 haben mehrere Regierungen die Prügelstrafe abgeschafft, sie aber leider wieder einführen zu müssen geglaubt. Indessen ist die Wissenschaft auch hier auf's Eifrigste bemüht, diesen Fleck durch immer

erneuertes Andringen und durch unwiderlegbare Gründe endlich hinwegzuwiſchen, und es läßt ſich nicht leugnen, daß der Zuſtand dieſer Strafe vor und nach 1848 weitaus verändert und auf ziemlich enge Grenzen eingeſchränkt worden iſt, und daß uns die nächſten Reformen hoffentlich weitere Erfolge bis zur gänzlichen Ausrottuug der Schande des geprügelten Volkes bringen werden. Denn eine wichtige Vorausſetzung iſt auch in legislativen Kreiſen ſchon da, nämlich die Ueberzeugung jedes gebildeten Mannes von der Abſcheulichkeit der Prügel; das, was ſie noch hält, iſt nicht eine gegentheilige Ueberzeugung, ſondern die vorgeſchützte ſogenannte Unvermeidlichkeit derſelben unter gewiſſen Vorausſetzungen. Aber auch dieſer an ſich nichtige Grund wird noch durch die Thatſache erſchüttert, daß Braunſchweig, Baden, Baiern, Heſſen, Naſſau, Preußen und Thüringen die körperliche Züchtigung gar nicht kennen, und in ihren Strafverhältniſſen dennoch beſtehen. Dies gereicht wohl den übrigen Staaten zum allerbitterſten Vorwurfe, der ſich durch gar nichts abwenden läßt. Zu bedauern iſt, daß das ſonſt ſo muſterhafte ſächſiſche Geſetzbuch, das doch aus neueſter Zeit (1855) datirt, immer noch von dieſer Strafe Gebrauch macht. Eben ſo verwundert muß man über die Wiedereinführung in Würtemberg ſein. An Hannover iſt man das eher gewöhnt. Außerdem findet ſie ſich noch in Sachſen-Altenburg. Wir werden ſomit dieſe Strafe nur mit dem rühmlichen Ausſchluß der obgenannten Geſetzbücher beſchreiben.

Die körperliche Züchtigung kann in vierfacher Beziehung in Betracht kommen: als ordentliches, als außerordentliches Strafmittel, als Schärfungsmittel für die Zuchthausſtrafe und als Disziplinarmittel in den Strafhäuſern.

Mit körperlicher Züchtigung als ordentlicher Strafe konnte ſich bis vor 1858 nur noch Oldenburg rühmen [1]). Oldenburg's Strafgeſetz iſt bekanntlich mit wenigen Abänderungen das baieriſche

[1]) Einestheils gehört auch Altenburg hierher. Denn es ſtellt im Art. 20 den Begriff der ſogenannten alternativen Strafen auf, d. i. ſolcher, deren mehrere zur Auswahl für den erkennenden Richter auf ein Verbrechen ſtehen. Dahin gehört z. B. der Art. 231: „Marktdiebe und Taſchendiebe ſind .... mit Gefängniß bis zu ſechs Wochen oder mit körperlicher Züchtigung, bei einem Betrage des Diebſtahles bis zu vollen zehn Thalern mit Arbeitshaus bis zu vier Monaten, bei einem höheren Betrage des Diebſtahls aber nach Art. 223 Nr. 3, 4 zu beſtrafen. In den übrigen ſächſiſchen Ländern, welche mit dem obgenannten dasſelbe Geſetzbuch angenommen haben, als: Weimar, Meiningen, Sondershauſen, fehlt der Beiſatz „körperliche Züchtigung." —

von 1813 gewesen. Während nun Baiern durch Ges. vom 12. Mai 1848 die körperliche Züchtigung als Strafmittel überhaupt aufgehoben hat[1]), hat dies Oldenburg nicht gethan. Das Maximum derselben waren fünfzig Streiche, und sie konnte sogar auch öffentlich (!) geschehen. Außerdem wurde sie noch als Schärfungsmittel und als Verwandlungsstrafe gebraucht. Als außerordentliche Strafe kann sie wieder in der doppelten Form: als Stellvertretung und als Strafverwandlung auftreten.

Die Stellvertretung für Gefängnißstrafe bei solchen Personen, welche, wie Dienstboten, Lehrlinge und Gesellen, ihren Unterhalt in Tag- oder Wochenlohn erwerben, findet in Oesterreich statt, und wird am gehörigen Orte näher betrachtet werden. In den anderen deutschen Staaten ist die Stellvertretung unter dem Namen Surrogat der Freiheitsstrafe nur in Würtemberg bekannt. Dort wurde die körperliche Züchtigung durch Ges. v. 13. Aug. 1849 zuerst aufgehoben, dann aber durch Ges. v. 17. Juni 1853 mit der Todesstrafe zugleich wieder eingeführt. Als Maximum ist dort die Zahl von fünfzig Streichen für Erwachsene, und von dreißig für junge Leute unter sechzehn Jahren bestimmt. Beträgt dieselbe im letzten Falle mehr als fünfzehn Streiche, so soll sie in zwei Abtheilungen vollzogen werden. Doch ist die Vollziehung nie öffentlich.

Die Surrogatstrafe tritt ein bei jungen Leuten unter sechzehn Jahren unbedingt[2]); bei Erwachsenen, wenn bei einem Rückfälligen die Entziehung der Ehrenrechte noch fortdauert; wenn das neue Vergehen die Entziehung der Ehrenrechte auch zur Folge hat; endlich in gewissen gesetzlich bestimmten Fällen[3]).

Die Strafverwandlung ist in allen übrigen Staaten, also in Sachsen-Altenburg, Hannover und Königreich Sachsen üblich. Sie wird gewöhnlich gegen Bettler, Vagabunden (besonders ausländische), gegen fremdes Gesindel, Landstreicher u. dergl. angewendet, wenn die Strafe auf Gefängniß lautet. Hannover bestimmt das Maximum auf fünfzig Streiche und nur dann, wenn das Gefängniß nicht auf mehr als sechs Wochen lautet. Sachsen gestattet die

[1]) Der neue Entwurf von 1854 führte die körperliche Züchtigung im Art. 20 als außerordentliches Strafmittel leider wieder ein.

[2]) Die nämliche Bestimmung tritt als Strafverwandlung auch in anderen Staaten ein, z. B. Hannover, Altenburg.

[3]) Auch gegen Untersuchungsgefangene, wenn sie sich „wiederholte grobe Ungebührlichkeiten" zu Schulden kommen ließen, kann körperliche Züchtigung angewendet werden.

Verwandlung auch dann, wenn das Verbrechen in einer Verletzung der Eigenthumsrechte aus Eigennutz, Bosheit oder Muthwillen, oder in vorsätzlicher Körperverletzung, oder widernatürlicher Unzucht besteht, ferner im zweiten Rückfalle wegen desselben oder eines gleichartigen Verbrechens. Altenburg gestattet die Verwandlung auch bei Personen unter achtzehn Jahren und setzt als Maximum, je nach dem Geschlechte, die Zahl neunzig, beziehungsweise fünfzig, fest. In Sachsen ist das Maximum neunzig Streiche. Aehnliche Bestimmungen herrschen bezüglich der Strafschärfungen durch körperliche Züchtigung. Geschärft werden hiedurch die Zuchthaus- und die Gefängnißstrafe. Sachsen diktirt sie nur Rückfälligen, die schon einmal Zuchthausstrafe verbüßt haben, bis auf sechzig Hiebe, und zwar entweder kraft des Gesetzes, oder durch richterliches Erkenntniß.

Die körperliche Züchtigung endlich als Disziplinarmittel in den Strafhäusern normirt Würtemberg im Art. 41. Sie darf die Zahl von fünfundzwanzig Streichen nicht übersteigen, und wird von der oberaufsehenden Behörde zuerkannt; die Vorsteher der Anstalt dürfen nur bis zur Zahl von fünfzehn Streichen erkennen.

Zur Kompletirung einer Darstellung der heute in Deutschland gesetzlich normirten Strafmittel gehören noch die Grundsätze über die Strafverwandlung und was damit zusammenhängt, jene über das Verhältniß der verschiedenen Strafarten untereinander.

Die Gesetzbücher statuiren jene Fälle, in welchen aus verschiedenen Ursachen, und zwar: wegen Uneinbringlichkeit der Geldstrafe aus Armuth des Bestraften; wegen der Jugend (z. B. körperliche Züchtigung) oder Minderjährigkeit (z. B. Geldstrafe) desselben; ferner wenn derselbe während der Zuchthausstrafe ein neues Verbrechen begeht, worauf jedoch keine Todesstrafe gesetzt sein darf; wenn in derselben Person des Bestraften mehrere Verbrechen zusammentreffen; wenn wegen Eigenthümlichkeit der Lokalverhältnisse, wegen der Gesundheitsverhältnisse des Bestraften (z. B. bei körperlicher Züchtigung) oder wegen anderer Ursachen die durch das Gesetz angedrohte Strafe nicht vollzogen werden kann; und bestimmen zugleich jene andere Strafe, welche an die Stelle der undurchführbaren zu treten hat. Häufig bestimmen die Gesetze selbst die Geld-, Handarbeits- und Gefängnißstrafe wahlweise; so Thüringen, Preußen, Oldenburg, Sachsen u. a.

Die Verwandlung aus Zuchthaus- in Festungsstrafe ist oben schon erwähnt worden; jene aus Gefängnißstrafe in abgekürzte Gefängnißstrafe, jedoch mit entsprechender Schärfung, oder in körperliche Züch-

tigung, ist ebenfalls bereits beschrieben worden [1]). Eine eigenthümliche Bestimmung ist die Verwandlung der verwirkten Gefängnißstrafe in Handarbeitsstrafe, welche, wie z. B. Thüringen, Sachsen-Altenburg und Sachsen, bei Leuten, welche ihren Unterhalt in Handarbeit verdienen, nach dem Ermessen des Richters statthaben darf. Nur darf da die diktirte Gefängnißstrafe eine gewisse Dauer (in Thüringen drei Monate) nicht übersteigen. Diese Dauer wird auch in Altenburg und Sachsen vorausgesetzt, während jedoch die Gefängnißstrafe in Thüringen in Handarbeitsstrafe von derselben Dauer verwandelt werden kann, darf in den beiden übrigen die Handarbeitsstrafe nicht länger als eine Woche dauern, und muß der übrige Theil im Gefängnisse verbüßt werden.

Soll nun eine Strafe in eine andere, natürlich unter der Bedingung gleicher Intensität, verwandelt werden, so ist das Gesetz gezwungen, das Verhältniß zwischen den einzelnen Strafarten, zwischen denen eine Strafverwandlung vorkommen kann, festzusetzen. Dies geschieht nun nach den verschiedensten, ebenfalls schwer in ein System zu bringenden Rücksichten.

Die häufigste Verwandlung und gewiß die wichtigste von allen ist die der Geld- in Gefängnißstrafe. Hier gilt meist das Verhältniß von Einem, drei oder fünf Gulden gleich Einem Tag Gefängniß [2]). Andere hingegen gestatten dem Richter in Anbetracht der Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse einen Spielraum von Einem bis zu fünf Gulden oder Thalern, so Preußen, Oldenburg, Thüringen, Sachsen, Würtemberg, Baden, Baiern. Das Verhältniß zwischen Gefängniß und Arbeitshaus ist so angenommen, daß ein Zeittheil Gefängniß einem halben Zeittheil Arbeitshaus, oder drei Zeittheile des ersteren zwei Zeittheilen des letzteren, oder fünf Zeittheile des ersteren vieren des letzteren gleichstehen. Analog ist die Verwandlung zwischen relativ noch höheren Strafgraden, z. B. Würtemberg läßt die Zuchthausstrafe, wenn die zuerkannte Schärfung durch körperliche Züchtigung ohne Nachtheil für die Gesundheit des Verbrechers nicht vollzogen werden kann, bis auf fünf Monate verlängern. Eben so wird

---

[1]) Einen weiteren Fall kennt Oesterreich, wo „bei besonders rücksichtswürdigen Umständen" Gefängnißstrafe (Arrest) in Geldstrafe verwandelt werden kann.

[2]) So z. B. Hannover (Ein bis zwei Thaler gleich Einem Tage), Hessen (Ein Gulden gleich Einem Tage), Braunschweig (Ein Thaler gleich Einem Tage).

viertägiges Bezirksgefängniß dreitägigem Kreisgefängnisse, einjähriges Kreisgefängniß sechsmonatlichem Arbeitshause gleichgehalten. Läßt sich die Dienstentlassung nicht mehr vollziehen, weil der Schuldige dieselbe mehrmals verwirkt hat, oder schon früher des Dienstes enthoben worden ist, so wird diese Ehrenstrafe in Kreisgefängniß von zwei bis acht Monaten verwandelt [1]). In Baden kann die einen Betrag von Tausend Gulden übersteigende Strafe in Arbeitshaus verwandelt werden, wobei die Summe von Einem Gulden dreißig Kreuzer bis sechs Gulden Einem Tage Arbeitshaus gleich zu achten ist, nur darf die Arbeitshausstrafe zwei Jahre nicht übersteigen. In Preußen wird, wenn neben Zuchthaus noch Geldstrafe auszusprechen ist, die verwandelt werden soll, nicht auf entsprechendes Gefängniß, sondern auf entsprechende Verlängerung der Zuchthausstrafe erkannt.

Wenn wir nun am Ende unserer geschichtlichen Darstellung einen ganz allgemeinen Ueberblick über das deutsche Strafrecht thun, so stellen sich uns die Partikulargesetze in drei Gruppen auf; in die vorderste stellen wir Preußen [2]) und mit ihm Oldenburg als diejenigen, die trotz der ihnen vorgeworfenen Huldigung an den Code pénal dennoch zum Wohle der Menschheit den entschiedensten Fortschritt kennzeichnen. Ihnen nach kommt dann Baiern mit dem Gesetze von 1860, dann erst stehen alle übrigen Strafgesetzbücher, mit Ausnahme eines einzigen, das die letzte Klasse bildet. Es sind solche, welche den Feuerbach'schen Standpunkt zwar verlassen, aber der neuen Anschauung nur zögernd, und ohne es ganz mit der Vergangenheit verderben zu wollen, nachgegeben haben. Unter ihnen gibt es wieder allerdings Abstufungen. Braunschweig, Baden, Würtemberg stehen hier wieder relativ am meisten vor, dann kommen die sächsischen Länder, Hessen, Nassau, welche in einzelnen Partien musterhafte Bestimmungen enthalten, in anderen dagegen noch Vieles zu wünschen übrig lassen, endlich käme noch Oesterreich. Entschieden am weitesten zurückgeblieben ist Hannover.

Als allgemeine Charakteristik des heutigen Strebens im Strafrechte läßt sich die Idee der Humanität bezeichnen, welche sich im Strafrechte als Besserungszweck äußert. Die Resultate, die nicht sowohl als Forderung der Wissenschaft, sondern auch schon in Gesetzesform

---

[1]) Eine ähnliche Verfügung enthält: Baden §. 169: Statt Dienstentsetzung steht Arbeitshausstrafe von Einem Jahre bis zu zwei Jahren, statt Dienstentlassung Kreisgefängniß von sechs Monaten bis zu Einem Jahre.

[2]) Mit wenigen Abänderungen auch in Waldeck und Bernburg.

daraus hervorgingen, sind: Die Aufhebung aller qualifizirten Todesstrafen, Aufhebung ihrer Oeffentlichkeit, Einführung des Fallbeils, endlich Einschränkung derselben auf immer weniger Fälle. Ferner immer vollkommenere, zweckmäßigere, humane Entwicklung und Ausbildung der Freiheitsstrafe, beziehungsweise des Gefängnißwesens, Ausdehnung derselben im Verhältnisse, als die übrigen eingeschränkt werden, Regulirung und verhältnißmäßigere Behandlung der Geldstrafen. Worauf also jetzt, als Fingerzeig für die nächste Zukunft und seine Bestrebungen, noch gedrungen werden sollte, ist: Die vollständige Einführung der Intramuran-Hinrichtung, die weitere Einschränkung der Todesstrafe, eine größere Vereinfachung der verschiedenen Grade der Freiheitsstrafe, so wie überhaupt größere Einfachheit in den Strafmitteln, dann eine vom Grunde aus vorgenommene Reform der Ehrenstrafen, Aufhebung ihrer Eigenschaft als Ehrenschmälerung und ihre bloße Geltung als Rechtsschmälerung, Aufhebung des gerichtlichen Verweises, Aufhebung der körperlichen Züchtigung sowohl als Straf- als auch Zuchtmittel oder Schärfung, eine mehr rationelle Skala der Schärfungsarten, mit vorzüglicher Hervorhebung des einsamen und des finsteren Kerkers, möglichste Einschränkung derjenigen, die sich auf Entziehung physischer Bedürfnisse beziehen (wie hartes Lager, Fasten). Eben solche Skala für die Rechts- (Ehren-) Schmälerung, je nach dem sozialen Werthe der einzelnen Rechte. Endlich Erregung der Aufmerksamkeit der deutschen Regierungen auf das Exil- und Deportationswesen als zweckmäßiges Strafmittel.

Der Vorwurf einer allzugroßen Hinneigung zu den französischen Rechtsansichten, den man dem preußischen Strafrechte gemacht hat, wird, obwohl er im Allgemeinen ganz berechtigt und wohlbegründet ist, gerade in der Lehre von der Bestrafung am wenigsten erhoben werden dürfen, weil das Mittel seiner Natur nach ohne Rücksicht auf Land und Leute, ohne Rücksicht auf den Geist, die Anschauungen und das Bewußtsein des Volkes, seine Tüchtigkeit und Zweckdienlichkeit erproben kann. Sobald der deutsche Geist einmal die ihm entsprechenden Strafarten aufgestellt hat, kann er deren Wirksamkeit immerhin nach ausländischen Erfahrungen reguliren. Dies gilt besonders rücksichtlich des Gefängnißwesens.

VI.

Lehre von den Strafmitteln.

Eine ſtrafrechtliche Abhandlung vom Herrn Dr. Karl Jicinsky.

II. Artikel.

Geſchichte der Strafmittel in Oeſterreich.

Was die geſchichtliche Entwickelung des Syſtems der Strafmittel in Oeſterreich betrifft, ſo iſt es nöthig, die doppelte Bemerkung vorauszuſchicken, daß hier ausſchließlich nur vom deutſchen Rechte in Oeſterreich mit Ausſchluß des ſlaviſchen, insbeſondere des böhmiſch- und polniſch-ſlaviſchen, dann des ungariſchen und italieniſchen Strafrechtes die Rede ſein wird; ferner, daß wir erſt die Thereſiana für denjenigen Punkt der Geſchichte anſehen, von welchem aus das deutſche Recht in Oeſterreich ſeine partikuläre Richtung nicht nur am ſchärfſten eingeſchlagen hat, ſondern auch durch dieſelbe zuerſt die einzelnen Landesgeſetze in einen gemeinſchaftlichen, den deutſch-ſlaviſchen Ländern gemeinſamen Kodex geſammelt hat. Uebrigens ſind alle jene Partikulargeſetze, die theils vor, theils nach der Karolina in den einzelnen (deutſchen) Erbländern Oeſterreichs, wie in Tirol (Maleſizordnung Maximilian's I. v. 30. November 1499), in Oeſterreich unter der Enns (Landgerichtsordnung v. 21. Auguſt 1514 von demſelben Kaiſer; erneuert durch Ferdinand I. 1540), in Krain und Oeſterreich ob der Enns (vom 18. Februar 1535 u. 1. Oktober 1559), in Steyer (Land- und peinliche Gerichtsordnung von Karl II. v. 1574), eben ſo für Kärnthen

(drei Jahre ſpäter als im vorigen Lande), in Böhmen, Mähren, Schleſien (peinliche Halsgerichtsordnung von Kaiſer Joſeph I. vom 16. Juli 1707) erſchienen, von dem Geiſte der Karolina durchdrungen, und die detaillirte Beſchreibung derſelben wäre doppelt unnütz, da ſie unter einander und mit der Karolina vielfach übereinſtimmen. Dazu kommt noch, daß die Thereſiana durchaus keinen Kulturfortſchritt, wenigſtens keinen nennenswerthen, bezeichnet. Der Fortſchritt iſt nämlich vorzüglich der formelle, d. h. die Einheit der Geſetzgebung, der Geiſt jedoch iſt derſelbe, es iſt jener des Schreckens, der Fürchterlichkeit, wie das Wort: peinliche Halsgerichtsordnung ſelbſt beſagt.

Der formelle Fortſchritt involvirt freilich auch den materiellen, dieſer aber iſt zu unbedeutend, um große Hervorhebung zu verdienen. Er liegt im Kurzen in der Bemerkung, daß vor der Thereſiana (wie die Vorrede derſelben ſelbſt bemerkt) 1. die in den einzelnen oben genannten Landesgeſetzen ſtatuirten, allerdings meiſt übereinſtimmenden, aber in gewiſſen Dingen ſich doch wieder unterſcheidenden Strafarten galten, daß ferner 2. die früheren Gewohnheiten des Landes in der Beſtrafung der Verbrechen durch eben dieſe Geſetze nicht ſchlechterdings und überall aufgehoben wurden, 3. daß neben dieſen Landgeſetzen die Karolina mit ihren Strafarten Geltung hatte, endlich daß noch 4. durch die Karolina das römiſche Recht, daher auch die dort über die Strafen aufgeſtellten Grundſätze neben dem ganzen Wirrwarr der früheren aufgenommen wurden.

Dem machte die Thereſiana ein Ende, ſie iſt nicht blos ein in ſich abgeſchloſſenes Geſetz, ſondern ſie ſchneidet auch der Gewohnheit und dem gemeinen Rechte jeden weiteren Einfluß für immer ab.

Aus dem Gewirre der Beſtrafungen heraustretend, geſtattet ſie eine faßlichere Ueberſicht, und iſt daher auch relativ einfacher, zweckmäßiger, und ſomit auch allerdings vollkommener. Was jedoch das Materielle der Strafarten anbetrifft, ſo iſt ſie um kein Haar beſſer, als die Geſetze der zwei vorhergehenden Jahrhunderte. Beginnen wir alſo bei ihr unſere Darſtellung für Oeſterreich, ſo glauben wir den gerechten Anforderungen an die Hiſtorie genugſam entſprochen zu haben.

Als Zweck der Beſtrafung erklärt die Thereſiana im §. 2 des IV. Art. ganz unumwunden die Abſchreckung. Es heißt: „Die Strafverhängung führt hauptſächlich zum Endzweck, daß der Uebelthäter gebeſſert werde, dem beleidigten Staate Genugthuung widerfahre, und ſolche Strafe bei dem Volke Erſpieglung und Abſcheu von dergleichen Mißhandlungen erwecke. Und dieſes in denen die Todesſtrafe nicht nach

sich ziehenden Fällen; dagegen in Todesstrafen die letzteren zwei Absichten eintreten." — Die Eingangsworte des Paragraphes widersprechen unserer Ansicht durchaus nicht, denn nicht nur ist die Todesstrafe über alle Maßen auch auf geringere Verbrechen angedroht[1]), so daß in den meisten Fällen von einer Besserung eben darum keine Rede sein kann, sondern es sind auch die minderen Strafen immer noch so streng und fürchterlich, daß sie den Abschreckungszweck nur zu deutlich verrathen und die Besserung gleichsam daneben sehnlich gewunschen wird. Man kann nicht gebessert werden, wenn die Strafe selbst die sittliche Grundlage im Menschen untergräbt; daher ist es nur eitler Klang, wenn man den Verbrecher zuerst unauslöschlich brandmarkt und hintenher die Mahnung gibt: Bessere dich!

Das System der Strafen wird in der Theresiana in sieben Artikeln (4—10) abgehandelt. Nach diesen kennt sie 1. Lebensstrafen, 2. Leibesstrafen, 3. außerordentliche und willkürliche Strafen, 4. Geldstrafen, 5. Einziehung des Vermögens, 6. Ehrlosigkeit.

ad 1. Die Lebensstrafe (Todesstrafe, Art. V, §§. 1—8) ist zweierlei: die härtere in überschweren und die gelindere in schweren Verbrechen. Die härteren geschehen a) durch Verbrennung bei lebendigem Leibe, und wenn Umstände eine Linderung zugeben, mit vorheriger Enthauptung des Missethäters, b) durch Viertheilen, c) durch Radebrechen von unten hinauf oder von oben herab, d) durch Spießen, jedoch nur als außerordentliche Strafe im Aufruhre und in Landesverräthereien.

Diese Todesarten können noch geschärft werden: durch Schleifung zur Richtstatt, Reißen mit glühenden Zangen, durch Riemenschneiden, durch Zungenabschneiden oder Ausreißen, wobei nach Umständen der Missethat mehrere dieser Schärfungsarten kombinirt werden können. Zu den härteren Todesstrafen werden endlich noch die gemeinen Todesstrafen gerechnet, wenn sie nach der Schwere der Umstände noch folgendermaßen geschärft werden: durch Verbrennung oder Durchpfählung des todten Körpers, durch Flechtung desselben, wenn es ein Mann ist, auf ein Rad, mit oder ohne einem hierüber aufgerichteten kleinen Galgen

[1]) Das Gesetzbuch unterscheidet nicht zwischen den einzelnen Kategorien der strafbaren Handlungen, sondern setzt die schwersten wie die minderen Verbrechen in dieselbe Kategorie und setzt für dieselben die nämlichen Strafen. Eben so mischt sie das rein sittliche oder rein religiöse Gebiet mit dem rechtlichen, und bestraft Sünden, welche keine Verbrechen sind (z. B. Art. 57 u. 58).

durch Handabschlagung mit oder ohne Aufsteckung des Kopfes, oder der Hand allein auf ein Rad, oder einen Pfahl, oder Anheftung der Hand an den Pranger [1]).

Die gelinderen oder gemeineren Strafarten geschehen durch das Schwert und den Galgen ohne beigefügte anderweitige Strafschärfung. Der Todesstrafe gleich zu achten ist das ewige Gefängniß, welches jedoch nur im Wege der Begnadigung verhängt wird, und dann die Vogelfreierklärung, wodurch der Verurtheilte mit Leib und Leben Jedermann preisgegeben wird.

ad 2. Zu den Leibesstrafen rechnet die Theresiana a) jene, welche leibliche Schmerzen verursachen, also die verstümmelnden Strafen und die körperlichen Züchtigungen, b) die öffentliche Arbeit, zumeist als Folge der Anhaltung im schweren Gefängnisse, c) die beschämenden Strafen, d) die Freiheitsstrafen.

ad a) Verstümmelnd sind: die Brandmarkung, d. h. die Einbrennung des Zeichens R (d. i. reus) mit dem Anfangsbuchstaben des Kronlandes, in welchem er verurtheilt worden ist, z. B. Bo = Bohemia, A. I. = Austria inferior u. s. w. Diese Strafe ist aber gemeiniglich nur gegen jene anzuwenden, welche wegen ihrer Missethat und wegen ihrer Gemeingefährlichkeit aus den Erblanden verwiesen werden. Wird Jemand nur aus einer Stadt oder dem Halsgericht oder nur aus einem gewissen Orte ausgewiesen, so ist er mit diesem Zeichen, um seines ferneren Fortkommens willen, zu verschonen. Die Einbrennung geschieht auf den Rücken [2]).

Körperliche Züchtigungen sind: der Staupenschlag [3]), dann Karbatsch- oder Stockstreiche. Erstere nicht nur als ordentliche Strafe in den von dem Gesetze bestimmten Fällen, sondern auch als Strafverwandlung. Der Staupenschlag darf jedoch als ganzer Schilling die Zahl von dreißig Hieben nicht übersteigen. Der halbe

---

[1]) Aufgehoben werden dagegen ausdrücklich: das Ertränken, Schinden, lebendig Begraben, lebendig Pfählen u. s. w., so wie auch das Viertheilen und Radbrechen der Weiber, aus dem Grunde, weil diese Strafarten in diesen Landen nicht gebräuchlich seien.

[2]) Verstümmelnd sind ferner: die Hand- und Fingerabnehmung, nur dürfen sie blos als Schärfung der Todesstrafe, und nicht als selbstständige Strafe in minderen Fällen angewendet werden, wie schon oben bemerkt wurde, weil, wie das Gesetz höchst bezeichnend sagt, sie die Besserung nicht bewirken, sondern vielmehr zur Verzweiflung und neuen Missethaten verleiten können.

[3]) Auch: Ausstreichen mit Ruthen, Auspeitschen genannt.

Schilling soll fünfzehn Hiebe betragen. Ferner darf diese Strafe durch den Freimann nicht noch geschärft werden, und muß ihr immer die ewige Landesverweisung mit Abnehmung eines Halsreverses beigerückt werden. Wider Eingeborene oder jene, die sich in den Erblanden wenigstens durch zehn Jahre ununterbrochen aufgehalten haben, soll ohne ausdrückliche Verordnung diese Strafe nicht verhängt werden, bei diesen wird die Strafe in Festungs-, Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe verwandelt. Diese Wohlthat gilt nur von Christen, nicht von Juden (!), und nur vom öffentlichen Schilling, nicht auch vom geheimen, welcher auch gegen hierländige Unterthanen zu ihrer Besserung angewendet werden kann. Während der Staupenschlag eine ordentliche, vom Gesetze in betreffendem Falle angeordnete Strafe ist, sind Karbatsch- und Stockstreiche eine außerordentliche, meistentheils dem Ermessen des Richters überlassene Strafe. Sie kann solchergestalt theils als selbstständige Strafe in geringeren Fällen, theils als Strafschärfung, theils endlich als Disziplinarmittel gegen halsstarige Untersuchungsgefangene angewendet werden. In solchen Fällen jedoch, wo dem Richter freie Hand gelassen ist, hängt der Inquisit ganz von der Willkür seines Richters ab. Dies gilt vor Allem bei der Strafschärfung und in Disziplinarfällen. Im ersteren Falle bekommt der Uebelthäter bei dessen Uebernehmung oder Wiederentlassung den sogenannten „Willkomm" und „Abschied", und erhält außerdem während der Zuchthaus- oder einer anderen Strafe entweder heimlich oder öffentlich auf einer Bühne durch den Gefangenwärter oder Gerichtsdiener oder Wächter dann und wann eine Anzahl Streiche.

ad b) Oeffentliche Arbeitsstrafen sind gemeiniglich die Objekte der schweren Freiheitsstrafen (ungarisches Gränizhaus, deutsch-erbländische Festung mit Schanzarbeit, Spinn- oder Zuchthaus, Stadtgraben, Stockhaus oder anderer Strafort). Die öffentliche Arbeit wird entweder im Urtheile bestimmt ausgedrückt, und ist härtere, mittlere, geringere Zuchthausarbeit, Kehrung der Gassen, Wartung der Kranken im Spital und dergleichen; oder das Urtheil lautet überhaupt nur auf öffentliche Arbeit, wobei dann die Obrigkeit oder der Vorsteher des Strafortes die Art und Weise derselben unter Berücksichtigung des Falles zu bestimmen hat. Die öffentliche Arbeit wird allemal in Band und Eisen verrichtet.

ad c) Die Schandstrafen sind: der Pranger, vor der Kirche in die Prechel stellen, in das Narrenhäusel einsperren, Ausstellung auf der Bühne (oder einer Schrägen, oder einer

Schandsäule) ohne oder mit Anhängung der gestohlenen Sache, oder eines das Verbrechen anzeigenden Zettels und dergleichen[1]).

ad d) Die minderen Freiheitsstrafen[2]) sind: 1. Gefängniß, 2. Verweisung aus einem einzelnen Orte mit Beilassung der Landeshuld, 3. Verweisung aus allen Erblanden, welcher auch 4. Verweisung aus einem Erblande gleich zu halten ist, 5. die Konfination oder Verweisung an einen gewissen Ort.

Das Gefängniß ist entweder lebenslänglich oder zeitlich, und wird entweder auf einer Festung, oder als Hausarrest, oder in einem öffentlichen Kerker und zwar mit oder ohne Anschlagung der Eisen verbüßt; auch kann diese Strafe durch schmale Kost oder durch Fasten bei Wasser und Brot oder anderweitig gestraft werden.

Die Partikularverweisung geschieht entweder auf immer oder nur auf gewisse Zeit, und zwar zumeist in solchen Fällen, wo sich der Verbrecher keines gemeinschädlichen Verbrechens, sondern eines solchen theilhaft gemacht hat, wobei sein Verbleiben in dem Orte der That entweder Aergerniß verursachen, oder die Gefahr des Rückfalls erzeugen würde. Die Verweisung geschieht auf zwei, nach Umständen auf drei, und höchstens auf vier Meilen im Umkreise des Ortes der That. Auch kann dies mit oder ohne Urphed, d. h. mit oder ohne Revers der unerlaubten Rückkehr geschehen.

Die Verweisung aus allen deutschen Erblanden hat immer mit Urphedabnehmung zu geschehen.

ad 3. Die außerordentlichen oder willkürlichen Strafen treten entweder dann ein, wenn 1. das Gesetz selbst keine ordentliche Strafe angesetzt, sondern die Bestimmung einer solchen dem Richter überlassen hat, oder 2. wenn ein Milderungs- oder Erschwerungsumstand die Milderung oder Schärfung der Strafe nach dem Ermessen des Richters erheischt. Neben den vielen, dem Strafsysteme der Theresiana schon an sich anklebenden Mängeln ist es ein höchst bedauer-

[1]) Theresiana, Art. 6, §. 8, drittens: In kleineren Verbrechen, wobei der Strafsfällige in der Gemeinde bei seinem weiteren Nahrungsstand zu geduldet wäre, sollen dergleichen zur bloßen Schand, Hohn und Spott gereichende, und an dem weiteren ehrlichen Fortkommen überaus behinderliche öffentliche Ausstellungen ohne gar erhebliche Ursache nicht vorgekehret werden.

[2]) Die schweren Freiheitsstrafen, die wir oben angeführt haben, nennt die Theresiana „öffentliche Arbeitsstrafen", obgleich die Arbeit de facto nur als das Sekundäre des Kerkers erscheint.

licher Umstand gewesen, daß sie gar so Vieles dem Ermessen und der Willkür des Richters überlassen hat, wodurch der Inquisit der Laune seines Richters auf Gnade und Ungnade überliefert war. Dies gilt namentlich von den Strafschärfungen und den hier behandelten willkürlichen und Verwandlungsstrafen. Für derartige Strafen erklärt das Gesetz alle in diesen Erblanden übliche Strafen.

ad 4. Die Geldstrafen sind entweder ordentliche oder außerordentliche und willkürliche Strafen, welche im letzteren Falle jedoch nur dann nach richterlichem Ermessen auferlegt werden können, wenn das Gesetz selbst dieselben alternativ gestattet; ist dies nicht der Fall, so kann der Richter auf dieselben auf keine Weise, daher auch nicht in den seiner Willkür überlassenen Fällen erkennen. Ist der Verurtheilte zahlungsunfähig, oder könnte er nur mit empfindlichem Nachtheil für seinen Hausstand zahlen, so ist vielmehr statt Geldstrafe auf Leibesstrafe zu erkennen. Die Strafen des Gefängnisses, der Dienstentsetzung, Ehrloserklärung und dergleichen können durch eine Geldbuße auch geschärft werden; unerlaubt ist dieß jedoch bei Lebens- und solchen Leibesstrafen, wobei Schmerz, öffentliche Arbeit, Ausstellung vor dem Volke oder Verweisung mit unterlauft.

ad 5. Die Vermögenskonfiskation ist eine doppelte: die theilweise und die gänzliche. Erstere findet dann statt, wenn blos einzelne Sachen der landesfürstlichen Kammer für verfallen erklärt werden (Konfiszirung, Verfall). Die Art und Weise derselben bestimmen theils besondere Verordnungen, theils ist sie in der Theresiana selbst am betreffenden Orte angegeben. Letztere ist ebenfalls entweder schon nach Maßgabe dieses Gesetzes oder aber in besonderen Verbrechensvorfällen auf allerhöchsten Befehl zu verhängen. Nur müssen in allen diesen Fällen sowohl Eigenthumsrechte dritter Personen so wie rechtmäßige Schulden respektirt, beziehungsweise früher abgezogen werden. Die Konfiskation der einen wie der andern Art ist niemals Haupt-, sondern immer Neben- oder Folgestrafe. Das Nämliche gilt:

ad 6. Von der Ehrlosigkeit. Ehrlos wird man nur in den durch das Gesetz besonders ausgezeichneten Fällen, und es macht das Gesetz einen genauen Unterschied zwischen der infamia juris oder legis und facti, indem die Ehrenfolgen nur in ersterer Beziehung, nie in der letzteren einzutreten haben. Freilich wird es sich selbst gleich wieder inkonsequent, indem es in einigen Fällen dem Ermessen des Richters, also implicite doch einer infamia facti überlassen ist, ob eine Ehrlosigkeit folgen solle oder nicht, was jedoch ausdrücklich im Urtheile angege-

den ſein muß; es wird nichts daran gut gemacht, wenn das Geſetz ſagt, daß die infamia facti durch den Ausſpruch des Richters mittelbar zu einer infamia juris gemacht wird, und es geräth dasſelbe in denſelben Widerſpruch, welcher immer dort entſtehen muß, wenn zwiſchen beiden Arten der Infamie ein Unterſchied aufrecht erhalten wird. Ehrlos wird man entweder dann, wenn es das Geſetz in den bezeichneten Fällen beſonders anordnet, oder aber durch die Qualität der That in allen im Art. II. §. 4 bezeichneten ſchwerſten (überſchweren) Verbrechensfällen. Als ſolche erklärt das Geſetz diejenigen, welche als die abſcheulichſten Thaten verſchärfte Todesſtrafen nach ſich ziehen.

Die Folgen der Ehrloſigkeit ſind: In Fällen der Todesſtrafe ſoll der Name des Verbrechers aus der Zunft oder Korporation, zu der er gehört, geſtrichen werden. Iſt blos Leibesſtrafe auferlegt worden, ſo ſoll er aller Würden, Ehren, Dienſte, des Adels, des Bürgerrechtes entſetzt, und für alle Zukunft hiefür unfähig erklärt werden, eben ſo wird er aus allen Zünften, Bruderſchaften, Korporationen ausgeſchieden, verliert die Zeugnißfähigkeit; auch kann ein ſocher zum Tode oder zur Leibesſtrafe Verurtheilter weder teſtiren noch erben. Wie weit jedoch letztere Beſtimmung über testamenti factio zu gehen habe, beſtimmt der Zivil-Kodex.

Die Ehrloſigkeit kann aufgehoben werden, und zwar entweder auf gewöhnliche oder aber auf außergewöhnliche Weiſe im Wege der Gnade. Erſtere Aufhebungsart tritt allemal dann ein, wenn der Verbrecher ſeine Strafe überſtanden hat, wofern nach derſelben keine Landesverweiſung zu folgen hat, bezieht ſich jedoch auf nichts weiter, als auf die Fähigkeit zum ordentlichen Erwerbe nach Maßgabe der Landesverordnungen, und auf die Zeugnißfähigkeit. In letzterer Rückſicht ſteht es in dem Ermeſſen des Richters, wie viel Glauben er einem bereits abgeſtraften Zeugen beimeſſen will. Die Rehabilitirung in jeder anderen Hinſicht kann nur auf dem Wege der Gnade durch eine Rehabilitirungs-Urkunde geſchehen, und nur ſo weit, als ſie ſelbſt ausdrückt.

Wir haben hier nur die Aufgabe im Auge behalten, blos vom Straſſyſteme etwas ausführlicher zu reden, und müſſen alle diejenigen Merkmale der Thereſiana, welche ihren Geiſt im Allgemeinen charakteriſiren, als bekannt vorausſetzen. Dies gilt insbeſondere von der Folter, welche, obgleich häufig ein gräßlicheres Uebel als die Strafe ſelbſt, doch nicht unter die eigentlichen Strafen gerechnet werden darf. Indem wir dieſelbe alſo eben nur mit dem bloßen Worte erwähnen,

ohne uns in Bezug auf die hier verfolgte Absicht weiter damit beschäftigen zu können, wollen wir nur noch wenige Worte über die Androhung der oben auseinandergesetzten Strafen verlieren. Dies ist namentlich bezüglich der Todesstrafe interessant, und kennzeichnet besser als alles Andere den Standpunkt des Gesetzes.

Beinahe alle Verbrechen werden mit Todesstrafe bedroht, so daß man nicht viel fehlt, wenn man behauptet, daß die Todesstrafe die Haupt-, und alle übrigen Strafen ihre Nebenstrafen seien, welche jedoch in einigen Fällen, in denen die Todesstrafe nicht eintritt, zur Hauptstrafe werden.

Die Todesstrafe ist angedroht auf: Gotteslästerung (in schweren Fällen Verbrennung, geschärft, je nachdem, entweder mit Ausreißung oder Abschneidung der Zunge oder mit Abhauen der Hand, nach richterlichem Ermessen noch mit glühenden Zangenreißen, Riemenschneiden und Ausschleppen; in mittleren Fällen der Schwertschlag mit derselben Verschärfung; nur beim Eintreten mildernder Umstände tritt angemessene Leibesstrafe an die Stelle), Abfall vom christlichen Glauben (Schwert mit Konfiskation und anderen Schärfungen, bei Milderungsumständen willkürliche Strafe durch den Richter), Zauberei, Hexerei, Wahrsagerei[1]) (das Gesetz unterscheidet vier Fälle: erstens den Betrug, und setzt hierauf wohlgemessene Leibesstrafe und Landesverweisung gegen Urphede; ist durch den Betrug Jemand um's Leben gekommen, oder ist Feuer gelegt worden, so steht Tod darauf, allenfalls mit Schärfung; zweitens den Wahnwitz, welcher straflos bleibt, wobei aber der Thäter in das Tollhaus oder Krankenhaus zu bringen ist; ist er sich des begangenen Unrechtes so ziemlich (!) bewußt gewesen, so ist er mit willkürlicher Züchtigung zu bestrafen; drittens Bündniß mit dem Teufel aus ernstlich bösem Vorhaben, welches mit geschärfter Leibesstrafe, und wenn Verbrechen konkurriren, selbst mit verschärfter Todesstrafe zu belegen ist; viertens wahr-

[1]) In Betreff dieses Verbrechens hat der aufgeklärte Sonnenfels aus Anlaß eines eklatanten an der Nonne Maria Renata zu Würburg (1794) vorgekommenen Falles die Kaiserin zu einem Patente vermocht, welches am 5. November 1766, also etwas mehr als zwei Jahre vor der Theresiana erschien (obschon diese selbst durch eine eigene Hofkommission bereits in Redaktion genommen worden war) und das Justizunwesen in Hexensachen wenn auch nicht ganz aufhob, so doch wesentlich regulirte und reformirte. Dieses Patent wurde nun in den Strafkodex seinem Sinne nach aufgenommen (Art. 58). Außer dieser Verordnung enthält das Patent noch Bestimmungen über die Tortur und verbietet weiter jede Nadel-, Wasser- oder andere Probe.

haft teufliſches Zauber- und Hexenweſen aus unbegreiflich übernatürlichen Umſtänden, in welchem Falle die Kaiſerin ſich die Beſtimmung der Strafe vorbehalten hat), Falſch Schwören und Meineid (Schwert mit Schärfung, in linderen Fällen angemeſſene Leibesſtrafe), Urphedebruch (beim dritten Male Schwert, ſonſt Verdoppelung der früher ausgeſtandenen Strafe), Laſter der beleidigt-weltlichen Majeſtät und Landesverrätherei (je nach der Schwere: Viertheilung bei Männern, Enthauptung nach vorhergegangener Zwickung mit glühenden Zangen bei Weibern, Schwertſchlag und Vermögenseinziehung, endlich Leibesſtrafe), Aufruhr und Tumult, Münzfälſchung (Feuertod, mit Schärfung, Vermögenseinziehung, Schwertſchlag und Vermögensentziehung für die Helfer), Beſtechung der Richter und Amtsperſonen (nur in den allerſchwerſten Fällen), Verrathung von Raths- und Amtsgeheimniſſen (bei Ausartung in ein ſchweres Verbrechen). Unter beſonders erſchwerenden Umſtänden auch auf Mißbrauch der Amtsgewalt, Drohung unter Vorſchützung einer Amtsgewalt, Treuloſigkeit der Rechtsfreunde und Sachwalter, Eigenmächtige Gefangenhaltung, Ausbrechen aus dem Gefängniſſe, Laſter des Falſches, Oeffentliche Gewaltthätigkeit mannigfacher Art, z. B. Landfriedensbrecher, Vergewaltiger, Vorbauerer, Nachſteller ꝛc., Unkeuſchheit wider die Natur (Feuertod, Enthauptung auf Päderaſtie mit nachheriger Verbrennung), Blutſchande (Schwert), Nothzucht (Schwert), Ehebruch (nur bei beſonders erſchwerenden Umſtänden), Doppelehe (nach Umſtänden mit Schärfung), Gewaltthätige Entführung einer Weibsperſon (unter erſchwerenden Umſtänden Schwertſchlag und Rad, ſonſt Schwertſchlag allein), Kupplerei (wenn ſie mit gottgeheiligten Perſonen oder an heiligen Orten, oder zwiſchen Gläubigen und Ungläubigen geſchehen wäre), Fleiſchliche Vermiſchung mit Ungläubigen, dann einige andere ſchwere Unzuchtsfälle, Todtſchlag oder gemeiner Mord (Schwert, bei beſchwerenden Umſtänden mit Handabhauung, Zangenreißen, Schleifen, oder ſtatt des Schwertes Viertheilung, Radebrechen mit vorhergehenden Zangenzwicken, Riemenſchneiden), Todtſchlag, im Getümmel und Schlägerei unter vielen Leuten begangen, Vater-, Kinder- und Eheleutemord (Radebrechen, entweder von unter hinauf, oder von oben herab, nach Umſtänden Viertheilen), Kindesverthun oder Kindesmord (Schwert, dann wird der Körper in's Grab gelegt und ein Pfahl durch

das Herz geschlagen, einfacher Schwertschlag), Abtreibung der Leibesfrucht und Unfruchtbarmachung, Weglegung (an einen einsamen Ort, wenn das Kind gestorben ist), Straßen- und Meuchelmord (worauf die strengsten Strafen, welche die Theresiana kennt, gesetzt sind: Radebrechen, in beiden Arten, Viertheilung mit Schärfungen, in mildernden Umständen der Galgen oder das Schwert mit oder ohne Schärfung), Bestellter Mord (Rad)[1]), Vergiftung (Rad mit den schon mehrmal erwähnten Schärfungen), Diebstahl (Strang, Weibspersonen und Adelige werden mit dem Schwerte hingerichtet), Kirchendiebstahl (Feuer, Schwert, Strang, je nachdem Monstranzen oder Kelche mit dem heiligen Sakrament, oder geweihte Sachen ohne demselben, oder endlich ungeweihte Sachen gestohlen werden), Straßenraub, Veruntreuung von Seite eines Beamten (Strang, Schwert, wenn der veruntreute Betrag mehr als 150 Gulden ausmacht), Leuteauffangen und Menschenraub (Schwert, werden aber Christenkinder von Juden aufgefangen, also Feuer oder das Rad), Feuerleger und Mordbrenner (Feuer, bei erschwerenden Umständen wird der Verurtheilte zuerst gezwickt, mit dem Rade zerstoßen und dann in's Feuer geworfen). Sogar auf Injurien, wenn sie durch Schmachkarten oder Schandbriefe, d. i. durch öffentliche angeheftete oder anderweg verbreitete Zetteln, Gemälde oder sonstige Vorstellungen begangen wurden und gegen Minister, Räthe, Landesstellen und Aemter, oder wohl gar zur Verkleinerung der Majestät dienen sollen, oder wenn sonst die That mit gar bösen Umständen beschwert wäre, ist Schwertstrafe gesetzt. Gegen Verhehler, Aufhaltgeber ist ebenfalls nach bewandten Umständen und dem vernünftigen Ermessen des Richters, welches überhaupt und immer allzuviel freien Spielraum hat, jene Strafe, daher auch einfache oder verschärfte Todesstrafe, zu verhängen, welche der verhehlte, durchgeholfene und der Strafe entgangene Missethäter verdient hätte.

Was soll man sich nach Aufzählung aller dieser todeswürdigen Verbrechen erst noch fragen, welche Verbrechen überhaupt nicht mit dem Tode zu bestrafen sind? — Es sind, wenn man den Selbstmord[2])

[1]) Diese Strafe wurde bei Weibspersonen immer in Enthauptung mit einer Schärfung, gewöhnlich Zangenzwicken und Handabbauen, verwandelt.

[2]) (Art. 93, §. 7): „Um auf diese schwere Missethat, so viel es an dem entseelten Gott- und seines Seelenheils vergessenen Böse:wicht noch thunlich ist, die gebührende, wenigstens zum erspiegelnden Abscheuen Anderer dienende Bestrafung zu verhängen, da setzen und verordnen Wir, daß eines solchen

ausnimmt, nur drei: Die hinterlistige und unehrbare Dienstwerbung, die gemeine Hurerei, die mündlichen und schriftlichen Injurien! — Sonst noch mehrere der todeswürdigen Verbrechen in den durch das Gesetz beschriebenen minderen Fällen, und wenn mildernde Umstände, welche das Gesetz ebenfalls mit aufzählt, eingetreten sind.

Faßt man die Theresiana im großen Ganzen vom Standpunkte der Rechtskultur auf, so gehört sie sammt und sonders dem rohen Geiste der Karolin'schen Periode an. Wenn es auch wahr ist, daß sich an verschiedenen hier ebenfalls erwähnten Orten ein Schritt zum humanen Besseren nicht verkennen läßt[1]), so ist das Gesetzbuch im Ganzen, außer seinem formellen Werthe für die Gesetzeseinheit, dennoch kein Fortschritt; vielleicht im Gegentheil, nämlich relativ zu der gleichzeitigen Strafrechtskultur in Deutschland, wo die Praxis neben dem noch ganz rohen Gesetze die bedeutendsten Reformen selbst durchgesetzt hat, und die Strafjustiz de facto viel humaner war, als die Theresiana nunmehr von Neuem statuirte.

Sie ist nichts als eine Karolina für die österreichischen Erblande, und zwar eine solche, welche viel zu spät erschien, um sich einer langen Dauer erfreuen zu können, denn sie betrat den Schauplatz der kultivirten Welt gerade in dem Momente, wo Voltaire und Rousseau das Bestehende schonungslos mit mefistofelischer, es in seinem Nichts aufweisender Philosophie zerbröckelten; wo in Frankreich, wenn auch in versengender Erglühung, doch der neue wohlthätige Umschwung der Geister eintrat und die Vergangenheit mit all' ihrem Unsinn verurtheilte; wo durch Kant in Deutschland das Denken erst in sein eigentliches Recht eingesetzt wurde; wo das Freimaurer-, und wenn man will, das Illuminatenwesen mit elastischer Energie erblühte; wo Bek-

---

vorsätzlichen Selbstmörders sein Körper gleich einem unvernünftigen Viehe vertilgt, auch sein Vermögen, jedoch nur jenen Falls, wenn auf dessen vorhero begangenes Verbrechen in dieser Unser Halsgerichtsordnung die Güter-einziehung besonders verhängt ist, zu unserer Kammer eingezogen, und dessen Gedächtniß bei der Welt immerfort für verächtlich und ehrlos gehalten werden solle." Die gemeinte Vertilgung geschieht durch den Scharfrichter, welcher den Körper aus dem Hause schleift, ihn auf den Karren legt, und unter dem Hochgerichte einscharrt. Wer sich im Gefängnisse selbst entleibt, dessen Körper erleidet die zuerkannte Strafe dennoch, er wird also als Todter auf den Scheiterhaufen gelegt, gerädert, gehenkt, oder — wie das Gesetz im komischen Pathos sagt — „den Umständen nach demselben eine anderweite Strafverschärfung zuerkannt."

[1]) Siehe hiezu: Hupka, positiones criminales secundum constitutionem Theresianam Viennae. 1779. (Uebersetzt von O. A. v. H. Wien 1774)

karia predigte, ein Sonnenfels regierte und ein Kaiser Josef II. erzogen wurde u. s. w. Es wäre Hohn und eine Beleidigung des humanen Geistes, wollte man der Theresiana außer einem spöttischen „Zu spät" noch etwas Anderes entgegenrufen. Viele thun sich auf das Erscheinen dieses Gesetzbuches, welches beinahe bis in unser Jahrhundert herein — und für das Militär in der That bis auf unsere Jahre herab Geltung hatte, Etwas zu Gute, — wir können das nicht.

Die Theresiana datirt vom 31. Dezember 1768, das Josefinische Strafgesetz vom 13. Jänner 1787. Auf dem Papiere zählt also die Lebensdauer der ersteren achtzehn Jahre und vierzehn Tage. Aber das Todesurtheil, mit welchem sie selbst so freigebig war, wurde viel früher durch den aufgeklärten Kaiser Josef II. an ihr vollzogen. Die große Kaiserin selbst, deren Wesen doch so durch und durch Liebe und Humanität war und deren Charakter das ihren Namen so unverdient tragende Gesetz geradezu entgegengesetzt war, legte eigenhändig an dem geschichtlich so merkwürdigen Theaterabende des Jahres 1776 am 3. Jänner die Art an den morschen Baum, und hob „in allen deutschen Erblanden, mit Einbegriff des Banates und Galiziens, die peinliche Frage (d. h. die Folter) ohne einigem Vorbehalte" auf[1]).

Ein großer Theil teuflisch-grausamer Freude roher Richter und Henkersknechte war für immer dahin, und eine Partie des Theresianischen Strafkodex, welche wir mit all' ihren ekelhaft-detaillirten Illustrationen und Unterweisungen am liebsten unbeschrieben lassen, war unnütz geworden. Freilich war diese Resolution nur als Instruktion an die Gerichte ergangen, und wurde konsequentermaßen offiziell nicht kundgemacht, aber das ganze Volk wußte davon, und so kam es auf Eins heraus.

Den Todesstoß empfing aber das nur aus Schädeln aufgebaute Gesetz aus der Hand des Kaiser Josef, und zwar zuerst durch die Allerhöchste Entschließung vom 9. März 1781, welche, die Furchtsamkeit der damaligen Regierung genugsam charakterisirend, ebenfalls als geheime Instruktion an die Gerichte erlassen wurde, dahin lautend: „daß die nach dem Gesetze zu schöpfenden Todesurtheile zwar dem Deliquenten angekündigt, jedoch weder vollzogen, noch auch die

[1]) Diese Resolution vom 3. Jänner 1776 ist eigentlich ein Werk des für die Humanität unermüdlich wirkenden Sonnenfels, welcher, ein himmelschreiendes Beispiel von Mißbrauch der Tortur geschickt benützend, die Kaiserin zu diesem Schritte bewog.

Malefizperson ausgesetzt, sondern vorläufig das Todesurtheil sammt den Akten der obersten Justizstelle eingesendet und die weitere Entschließung abgewartet werden soll." Eine zweite, ebenfalls geheime Allerhöchste Entschließung vom 22. August 1783 fügt noch hinzu, „daß von da an die Todesurtheile auch nicht mehr angekündigt werden sollen, sondern daß in jedem Falle, wo das Erkenntniß nach dem bermal noch bestehenden Gesetze auf die Todesstrafe abgeht, die Untersuchungsakten an das Kriminalobergericht einzuschicken seien." Beide diese Entschließungen waren nichts als geschickt maskirte Aufhebungen der Todesstrafe, da das Urtheil faktisch und mit wenigen Ausnahmen (z. B. Hinrichtung durch das Rad im Jahre 1786) immer in Kerker umgewandelt wurde. Das war denn für ein Gesetz, welches sonst auf alle Verbrechen den Tod setzt, wohl selbst ein Todesstoß, so daß sich, ohne viel zu fehlen, behaupten läßt, die Mühe der Redaktion der Theresiana habe länger gedauert (schon 1759 waren die Verhandlungen der hiezu ernannten Hofkommission im Zuge), als ihre eigene Wirksamkeit.

Unter solchen Vorbereitungen erschien das merkwürdige, heutzutage so gut wie vergessene Josefinische Allgemeine Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung. Wie Josef's Genie, war dieses Gesetz eine Frühgeburt, welche aus Mangel an kräftiger Nahrung, die ihm das Volksbewußtsein und der allgemeine Kulturgrad liefern sollte, eben so zu Grunde ging, wie des Kaisers Genius an der kalten Finsterniß der Zeitgenossenschaft frühzeitig erblaßte. Von den Zeitgenossen wie ein Wechselbalg betrachtet und verdammt, bleibt es für immer das merkwürdigste Gesetz, welches Oesterreich, ja überhaupt die Legislation der Welt erlebte.

Nicht die Theresiana, sondern dieses Gesetz kennzeichnet den Anfang einer neuen Epoche und den Uebergang in die heutige Richtung. Schrecken soll die erstere um sich her verbreiten, während die letztere die Menschenwürde auch im Verbrecher achtet; sie athmet Humanität. Dieser Geist der milden Versöhnlichkeit und doch gerechter Vergeltung blieb auch dem Gesetze von 1803 die tonangebende Basis, indem sich dasselbe, wie die Geschichte lehren wird, durch mannigfache Verordnungen hindurch aus dem Josefinischen herausentwickelt hat, was durch die einfachste Parallele leicht nachzuweisen wäre.

Ein nicht genug zu schätzender Vortheil war schon die Theilung der Verbrechen in Kriminalverbrechen oder Halsverbrechen

und in politische Verbrechen[1]), natürlich abgesehen von all' den Mängeln, welche die heutige Theorie an einer solchen Eintheilung sieht. Denn dadurch wurde nicht nur in dem Grade der verbrecherischen Handlungen eine der Vernunft und der Sache selbst als wie auch dem Volksbewußtsein entsprechende Abstufung geschaffen; ferner auch dem entsprechend zwei Klassen von Strafen aufgestellt, welche streng geschieden blieben und nicht in einander übergehen konnten; endlich schränkte das Gesetz die maßlose Willkür des Richters und die seinem Ermessen überlassenen Fälle auf ein Minimum ein; was Alles in der Theresiana der Fall nicht war.

Todesstrafe findet nach dem Josefinischen Gesetzbuche (I. §. 20) außer den Verbrechen, bei welchen nach dem Gesetze mit Standrecht verfahren werden muß, nicht statt[2]).

Somit kennt dasselbe als ordentliche Strafen: 1. Freiheitsstrafen, 2. Leibesstrafen, 3. Ehrenstrafen, 4. Vermögensstrafen.

Freiheitsstrafen sind: a) Die Anschmiedung, b) Gefängniß mit öffentlicher Arbeit, c) Gefängniß allein, d) Landesverweisung, e) Arrest, f) Oeffentliche Arbeit in Eisen, g) Abschaffung aus einem bestimmten Orte.

Leibesstrafen sind: a) Stock-, Karbatsch- und Ruthenstreiche, b) Brandmarkung, c) Körperliche Züchtigung, d) Fasten.

Ehrenstrafen sind: a) Ausstellung auf der Schandbühne, b) Oeffentliche Kundmachung des Verbrechers,

---

[1]) Im genauen Zusammenhange mit dieser Eintheilung steht auch das Patent vom 20. August 1787, wodurch im Hinblick auf die baldige Erlassung eines neuen Prozeßgesetzes (welches auch in der That unterm 17. Juni 1788 erschien) die Strafgerichtsbarkeit der Patrimonial-Gerichte abgeschafft, und landesfürstliche, kollegialisch eingerichtete Strafgerichte (Kriminalgerichte) an die Stelle gesetzt werden sollten; leider kamen die weisen Anordnungen dieses Patentes erst nach den Stürmen des Jahres 1848, wenigstens ihrem Geiste nach zur Durchführung.

[2]) Findet sie aber in Folge des Standrechtes Anwendung, so wird der Strang als alleinige Todesstrafe bestimmt. Der zum Strang verurtheilte Verbrecher wird gehangen, erdrosselt und ihm die ordentliche Begrabung versagt. Des Verbrechers Körper, nachdem er dem Volke zum Beispiele 12 Stunden lang hangen geblieben, ist ohne Gepränge, ohne Begleitung, wo es sein kann, neben dem Richtplatze einzuscharren. Mit der Todesstrafe verschwanden dann auch alle ihre gräßlichen Schärfungen, welche natürlich auch im Falle des Standrechtes nicht stattfinden dürfen. Eben so findet die Todesstrafe dann statt, wenn Mord, Raub, Brandlegung in einem Bezirke besonders stark um sich greifen.

c) Verluſt des Adels, d) Verluſt des Fruchtgenuſſes des Vermögens und aktive Inteſtabilität, e) Verluſt aller mit dem Adel verbundenen Rechte, f) Galgenſchande.

Vermögensſtrafen ſind: a) Konfiskation, b) Geldſtrafe (nur als einzige Ausnahme).

Hievon ſind: Landesverweiſung, Abſchaffung aus einem Orte, Brandmarkung, Faſten, die öffentliche Arbeit, die Ehrenſtrafen und Konfiskation bloße Nebenſtrafen. Stock-, Karbatſch- und Ruthenſtreiche, die einfache körperliche Züchtigung und von den Ehrenſtrafen die einzige Ausſtellung auf der Bühne können ſowohl Haupt- als Nebenſtrafen ſein.

ad 1. Dadurch ſchon ſticht das Joſefiniſche Geſetzbuch auf das Entſchiedenſte von der Thereſiana ab, daß es auf die Freiheits-, namentlich die Gefängnißſtrafen, ein ſolches Gewicht legt. Das mußte es auch; denn nachdem es die Todesſtrafe, das Univerſalmittel der Thereſiana, abgeſchafft hatte, war es nothwendigermaßen auf das Gefängniß, als das hauptſächlichſte Strafmittel, angewieſen. Darin liegt auch, wenn man die beiderſeitigen Syſteme aneinander legt, der Hauptunterſchied zwiſchen beiden. Die Thereſiana legt ein ſehr untergeordnetes Gewicht auf das Gefängniß, und zwar nicht bloß im Verhältniſſe zur Todesſtrafe, ſondern ſelbſt zu den übrigen Strafmitteln; ſie ſteht ſomit ganz auf der Anſchauung der Karolina, welche ſich nicht gern mit der mühſamen, allzuwenig eklatanten Anhaltung in Gefängniß-Anſtalten befaſſen mochte. Dies erhellt ſchon aus ihrer Stellung im Syſteme, denn ſie rechnet die Gefängnißſtrafe unter die Leibesſtrafen, und weiſt ihr da erſt eine zweite Stelle an, die verſtümmelnden Strafen und die körperliche Züchtigung hatten ihr den Rang abgelaufen, darauf folgen erſt im vierten Range noch die minderen Freiheitsſtrafen. Auch hat ihr die Freiheitsſtrafe keine ſpezifiſche, den übrigen Strafmitteln entgegengeſetzte oder ausgezeichnete, ſondern eine ganz koordinirte Stellung. Wo ſie alternative Strafe ſetzt, oder wo ſie überhaupt milder ſtraft, als mit dem Tode, endlich wo mildernde Umſtände auch eine Milderung der Strafe erfordern, weiſt ſie zumeiſt den Richter an, nach Willkür angemeſſene Leibesſtrafe, daher promiscue die Freiheitsſtrafen mit den übrigen Leibesſtrafen zu diktiren, je nachdem die eine oder die andere Strafe vom Richter für angemeſſen gehalten wird. Auch wurde die Gefängnißſtrafe, z. B. das ungariſche Gränzhaus, Feſtung, Karrenſtrafe u. ſ. w. nur in ſo ferne diktirt, als

ſie der eigentlichen Strafe, nämlich der Strafe der öffentlichen Arbeit wegen eben nothwendig war. Die mindere Freiheitsſtrafe der Thereſiana, nämlich das Gefängniß, findet ſein Analogon (jedoch in terroriſtiſch verſchärfter Potenz) in unſerem Arreſte, ſo daß der Kerker als bloße Anhaltung in feſtem Gewahrſam und als ganz ſelbſtſtändige Strafe, mit Ausnahme jener wenigen Fälle, wo aus beſonderer Rückſicht für die Perſon des Verbrechers oder aus Gnade des Monarchen von der öffentlichen Arbeit abgeſehen wurde und die bloße Einſperrung auf der Feſtung oder dem Stadthauſe erfolgte, gar nicht bekannt war. Dieſem gegenüber mußte das Joſefiniſche Geſetz gerade der Gefängnißſtrafe eine vor den übrigen ganz beſonders ausgezeichnete Aufmerkſamkeit zuwenden, und es hat, indem es dieſes in der That mit einer vielleicht weit gehenden Abſtufung gethan hat, das erſte Geſetz in Deutſchland den Grund zu der heutigen Ausbildung dieſes Strafmittels geliefert. Die Gefängnißſtrafe iſt die erſte und die hauptſächlichſte Strafart dieſes Geſetzbuches. Wollen wir zuerſt von der Gefängnißſtrafe reden und die Verweiſungsſtrafen (Landesverweiſung und Ortsverweiſung) vor der Hand ausſcheiden.

Um in die mannigfaltigen Abſtufungen Klarheit zu bringen, iſt es nothwendig, einen Ueberblick vorerſt zu gewinnen.

Man unterſcheidet fünf verſchiedene Stufen der Gefängnißſtrafe. Die härteſte iſt die Anſchmiedung, dann folgt Gefängniß mit öffentlicher Arbeit, dann Gefängniß allein, alle drei ſind nur auf ſchwerere Verbrechen zu ſetzen, wogegen Arreſt (manchmal Hausarreſt) und öffentliche Arbeit in Eiſen für die minderen ſogenannten politiſchen Verbrechen beſtimmt ſind.

Die Anſchmiedung beſteht darin: der Verbrecher wird in ſchwerem Gefängniſſe gehalten und dermaßen enge angekettet, daß ihm nur zur unentbehrlichſten Bewegung des Körpers Raum gelaſſen wird. Der zur Anſchmiedung verurtheilte Verbrecher wird zum öffentlichen Beiſpiele alle Jahre mit Streichen gezüchtigt (§. 25).

Eine nicht viel weniger gräßliche Strafe war das Gefängniß mit öffentlicher Arbeit, wobei erſteres wieder nur die nothwendige Folge der letzteren war. Die öffentlichen Arbeiten waren ebenfalls verſchiedengradig, je nach der mehreren Beſchwerlichkeit, größeren Ungemächlichkeit und Verlängerung der Arbeit ſelbſt. Eine furchtbare Berühmtheit erlangte das Schiffziehen. Außerdem galt als Regel, daß die Art der öffentlichen Arbeit, ſo wie die Beſtimmung der Grade aus den in jedem Lande eintretenden beſonderen Umſtänden dem Ermeſſen des

Kriminalrichters überlassen werden soll. So bestand dieselbe in einigen Kronländern in den schwersten Arsenal-, Hafen- und Schiffswerftarbeiten, in anderen in der Bergwerksarbeit (z. B. in den Arsenikgruben von Schatzlar) u. dergl.

Das Gefängniß mit öffentlicher Arbeit oder ohne derselben war wieder ein dreifaches: das schwerste, das harte und das gelindere. Bei dem schwersten Gefängnisse ist der Verbrecher mit einem um die Mitte des Körpers gezogenen eisernen Ringe Tag und Nacht an dem ihm angewiesenen Orte zu befestigen; auch können ihm, nachdem die ihm auferlegte Arbeit es zuläßt, oder die Gefahr der Entweichung es fordert, schwere Eisen angelegt werden. Ihm ist keine andere Liegerstatt als auf Brettern, keine andere Nahrung als Wasser und Brot zuzulassen, und alle Zusammenkunft oder Unterredung nicht nur mit Fremden, sondern auch mit seinen Angehörigen und Bekannten zu untersagen. Ein zum harten Gefängnisse Verurtheilter ist gleich dem Vorhergehenden zu behandeln, nur sollen ihm minder schwere Eisen an die Füße gelegt, und zwei Tage in der Woche ein halbes Pfund Fleisch gegeben werden. Der zum gelinderen Gefängnisse Verurtheilte ist mit leichteren Eisen zu belegen, es ist ihm eine bessere Aetzung, doch kein Getränk als Wasser zuzulassen, auch kann ihm mit Vorwissen und Gegenwart des Gefangenaufsehers Zusammenkunft und Unterredung mit den Angehörigen oder Bekannten gestattet werden.

Alle drei obbeschriebenen Gefängnißarten zerfallen wieder weiter je nach der Dauer in sechs Grade, wodurch sich eine mannigfaltige offenbar nicht motivirte Abstufung, oder sagen wir besser Zersplitterung, ergibt; das Gesetz unterscheidet nämlich: einen langwierigen (identisch mit lebenslänglichem), einen anhaltenden und einen zeitlichen Kerker, je zu zwei Graden, einen ersten kürzeren und einen zweiten längeren. So ist: Langwierig im zweiten Grad nie unter 30, jedoch nach Umständen auch bis 100 Jahre; Langwierig im ersten Grade nie unter 15, nie über 30 Jahre; anhaltend im zweiten Grade 12—15, detto im ersten Grade 8—12, zeitlich im zweiten Grade 5 bis 8, detto im ersten Grade nie weniger als 1 Monat, nie über 5 Jahre.

Die drei angeführten Gefängnißarten: Anschmiedung, öffentliche Arbeit und Gefängniß, können weiterhin noch folgendermaßen nach gegebenen Umständen und unter genauer Bestimmung im Urtheile verschärft werden: durch die längere Dauer, was wohl bei dem langwierigen Gefängnisse im zweiten Grade von selbst entfallen dürfte, und durch eine andere Schärfungsart ersetzt werden muß; ferner durch

Stock-, Karbatsch- und Ruthenstreiche, welche alsdann immer öffentlich zu vollziehen sind; durch die öffentliche Kundmachung des Verbrechers; durch die Einziehung des Vermögens[1]) und durch den Verlust des Adels. Nur können öffentliche Kundmachung und Vermögenseinziehung dann vom Richter noch verhängt werden, wo es vom Gesetze bei einem Verbrechen ausdrücklich gestattet ist; ferner die geheime Brandmarkung, welche mittelst kennbarer und unvertilgbarer Einbrennung eines Galgens an der linken Seite des hohlen Leibes jedoch nur gegen fremde Verbrecher stattfinden kann; endlich noch die Ausstellung auf der Schandbühne.

Außer diesen allgemeinen Verschärfungen hat das Gesetz noch besondere bei den einzelnen Strafarten aufgestellt, und zwar: bei Verbrechen, worauf in dem Gesetze eine langwierige Strafe im zweiten Grade verhängt ist, kann der Strafe auch die öffentliche Brandmarkung beigefügt werden, indem dem Verbrecher bei seinem Eintritte in seine Strafe öffentlich auf beiden Wangen das Zeichen des Galgens eingeschröpft wird. Das gelindere Gefängniß kann durch strengere Fasten für einige Tage der Woche verschärft werden, wobei dem Gefangenen nur 1 Pfund Brot zuzulassen ist. Die öffentliche Arbeit kann durch die größere Beschwerlichkeit, größere Ungemächlichkeit oder Verlängerung der Arbeit selbst verschärft werden; da jedoch eine solche Schärfung mit der Materie der Strafe selbst zusammenfällt, und nicht als eine adjektive Strafe erscheint, so entstehen hiedurch vielmehr Grade der Strafe selbst, weshalb wir hievon auch schon oben gesprochen haben.

Nebst diesen Schärfungen sind noch mit der Verurtheilung zu den genannten drei Strafarten folgende Rechtsfolgen verbunden: Wer zur Anschmiedung, zum schwersten oder harten Gefängnisse verurtheilt wurde, kann vom Tage des gefällten Urtheils und so lange seine Strafzeit dauert, nicht nur keine letztwillige Anordnung errichten, sondern es wird auch jede letztwillige Anordnung, welche er vor geschöpftem Urtheile, jedoch schon nach seiner Verhaftung errichtet hat, ungiltig und

[1]) Von welcher Verschärfung nur ein äußerst sparsamer Gebrauch gemacht wurde, denn sie steht nur auf das Verbrechen der beleidigten Majestät, des Landesverrathes, des Aufruhrs und Tumultes, und dieses selbst nur bei dem höchsten Grade von Bosheit und Gemeinschädlichkeit. Ueberhaupt ist im schroffsten Gegensatze zur Theresiana die Willkür des Richters in Linderung und Verschärfung der Strafe auf weit engere Grenzen zurückgesetzt.

unwirksam. Es wird aber jede, zu was immer für einer Zeit errichtete letztwillige Anordnung dann unwirksam, wenn der Verurtheilte während der Strafzeit stirbt. Nur wenn er dieselbe überlebt, tritt er in alle Rechte des Eigenthümers zurück.

Jeder Kriminalverbrecher (daher auch die hier Vorausgesetzten) wird vom Tage des Urtheils, das ihn schuldig erkennt, des Fruchtgenusses von dem Vermögen verlustig; nur ist seinem Weibe und seinen Kindern der standesmäßige Unterhalt gerichtlich zu bestimmen, der Ueberrest hat dem Kriminalfonde zuzufließen und ist lediglich zur Unterhaltung der Arrestanten und Erhaltung der Frohnfesten zu verwenden.

Jedem Kriminalurtheile, wodurch der Verbrecher, dem ein Adel eigen gewesen, als schuldig erkannt wird, ist die Erklärung beizufügen, daß dem Verbrecher für seine Person alle Vorzüge und Rechte benommen werden, die dem Adel nach der Verfassung eines jeden Landes eigen sind. Doch erstreckt sich dieser Verlust auf den Verbrecher allein, nicht auf seine Ehegemalin, weder auch auf die vor seiner Entadelung erzeugten Kinder.

Bei der Aufzählung der Mängel der Gefängnißstrafe für schwere Verbrechen wollen wir uns nicht lange aufhalten, da sie wohl klar am Tage liegen. Aber vor dem Genius des Gesetzgebers, der seinem Werke trotz alledem den Stempel humanen Fortschrittes verliehen hat, werden sie gewiß zu sekundärer Relevanz herabgedrückt, und nur Begeiferern des edlen Großen, der dem Besseren durch sein Gesetz endlich mit entschiedenem Griffe Durchbruch verschafft hat, wird es ein Vergnügen machen, vor den Mängeln auf die Vorzüge desselben vergessen zu machen. Die ganze Vertheidigung für den Gesetzgeber liegt gewiß darin, daß es denn ein Versuch, ein Anfang, und daß es eben wieder nur ein Mensch war, der so den Grund für die Kultur der künftigen Geschlechter legte. Das läßt wohl die Schattenseiten vergessen oder doch entschuldigen.

Es ist allerdings ein gräßliches Surrogat für die Todesstrafe, an einem Ringe angeschmiedet, nur bei Wasser und Brot, mit schweren Eisen an den Füßen, beinahe ohne Bewegung in dumpfiger Luft und wenig Licht sein Leben zu verbrüten. Es ist nach dem Ausspruche unserer heutigen Fysiologen der langsame Hungertod und viel grausamer als der schnelle, wiewohl blutige Tod durch den Henker. Das läßt uns aber diese Anordnung milder beurtheilen, daß man sich erst durch die Erfahrung von der Abscheulichkeit der Strafe überzeugen lassen mußte, und daß daher ihr Charakter nicht absichtlich verkannt wurde; dadurch wurde die Strafe

freilich um nichts milder, aber der Rückschluß auf den Geist des Gesetzes wird minder streng. Von den übrigen nicht minder schrecklichen Strafen, wie jenen des Schiffziehens, Bergbaues und dergleichen, allenfalls auch der öffentlichen Brandmarkung, gilt die Betrachtung, daß man sie alle bona fide immer noch für milder hielt, als den Tod. Bei den Handlungen der Menschen entscheidet niemals die einfache Qualität derselben, sondern immer auch zur gleichen Hälfte die in derselben liegende Absicht, und darin liegt der mächtige Unterschied, wenn man zwei Strafen von gleicher Härte, je eine aus der Theresiana und der Josefina zur Vergleichung aneinanderlegt. Denn während sich die Gerechtigkeit in dem einen Falle an der mit Bewußtsein statuirten Schrecklichkeit der Strafe als etwas Vollkommenem freut, läßt sich die andere durch die Erfahrung eines Besseren belehren, wie es in der That bei der Josefina der Fall war und wir bald sehen werden.

Nicht minder darf geleugnet werden, wie unzweckmäßig, aller Einfachheit zuwider und unnütz sich die vielfachen Abstufungen als eben so viele Kombinationen zwischen Gefängnißart, Kerkergrad und Dauer kreuzen, wenn es z. B. heißt: Zeitliches, schweres Gefängniß im zweiten Grade u. s. w. in allen möglichen Permutationen. Diese Abstufungen entstanden jedoch aus der gewiß humanen Vorsorge, die Strafe der Beschaffenheit des Verbrechens so genau anzupassen als möglich, und der richterlichen Willkür so wenig Spielraum zu lassen als möglich.

Die hier beschriebenen Gefängnißarten sind die ordentliche Gefängnißstrafe für schwere Verbrechen; für mindere, in der Josefina sogenannte politische Verbrechen festgesetzte Gefängnißstrafen sind: der Arrest und die öffentliche Arbeit in Eisen. Der Arrest ist ein strengerer und ein gelinderer. Im ersteren werden dem Verurtheilten Eisen an die Füße geschlagen, bloße Bretter zur Liegerstatt angewiesen, keine Besuche als im Beisein einer obrigkeitlichen Person gestattet, kein anderes Getränk als Wasser zugelassen und angemessene Arbeit zugewiesen. Im gelinderen Arreste bleiben die Eisen weg und dem Sträflinge wird die Wahl der Beschäftigung dann überlassen, wenn er sich seine Nahrung aus eigenen Mitteln oder aus freiwilliger, nicht durch Betteln erzwungener Unterstützung seiner Verwandten oder Freunde zu verschaffen vermag. Doch bleiben auch diesem alles Bettgewand und Strohsäcke, wenn sie gleich aus Eigenem beigeschafft werden wollten, verboten. Statt dieses Arrestgrades kann, wenn der Verurtheilte vom

Adel [1]) ist, oder wer ein öffentliches Amt bekleidet, oder wer ein Gewerbsmann von sonst untadelhaftem Lebenswandel und gutem Leumunde ist, auch der Hausarrest mit Aufstellung einer Wache oder gegen bloße Angelobung verhängt werden. Der Arrest kann durch Fasten bei Wasser und Brot verschärft werden.

Sowohl der Arrest als die öffentliche Arbeit sind rücksichtlich der Dauer zeitlich oder anhaltend. Ersterer von 1 Tage bis 1 Monat, letztere von 1 Monat bis auf 1 Jahr. In rücksichtswürdigen Umständen soll die längere Dauer durch mehrere Verschärfung ersetzt werden.

Was die Verweisungsstrafen anbetrifft, so kann die Verweisung aus sämmtlichen erbländischen Staaten nur gegen Fremde nach überstandener Strafe und in den vom Gesetze bezeichneten Fällen verhängt werden. Die Abschaffung aus einem bestimmten Orte jedoch ist Nebenstrafe auch für Einheimische, kann sich jedoch nur auf einen einzigen Ort erstrecken, und die Freiheit des Verurtheilten, sich an jedem andern Orte seine Nahrung zu suchen, nicht beschränken. Auch kann der Verurtheilte aus seinem Geburtsorte oder dem Orte, wo er sich zehn Jahre aufgehalten hat, außer in den Fällen der Sodomie, der Päderastie und der Kuppelei, niemals abgeschafft werden.

ad 2. Die Bestrafung mit Stock-, Karbatsch- und Ruthenstreichen wird entweder für sich allein als Strafe verhängt, oder zur Verschärfung der Strafe des Gefängnisses und der öffentlichen Arbeit. Die Strafe muß öffentlich an dem Verbrecher vollzogen werden. Die eigentliche Ausmessung sowohl der Zahl der Streiche, die auf einmal zu geben sind, als der Wiederholung dieser Züchtigung hängt von vernünftiger Beurtheilung des Kriminalrichters ab, und ist dabei nothwendig, auf die körperliche Beschaffenheit und Stärke des Verbrechers zu sehen. Der Verbrecher kann auf einmal mit nicht mehr als hundert Streichen gezüchtigt werden (I. §. 32). Abgesehen von der Strafe an sich, kann die Unbestimmtheit der Fassung dieses Paragraphen, die Oeffentlichkeit der Strafe, die allzuweite Freiheit des richterlichen Ermessens und endlich die absolute Höhe von hun-

[1]) Unter Maria Theresia pflegte man Verbrecher von Stand und Geburt geheim zu bestrafen, um theils den Verbrecher selbst, theils seine Familie zu schonen; diese Rücksicht fiel unter Kaiser Josef, ganz im Sinne seiner Denkungsweise, weg, und gerade die Verwandlung in Hausarrest ist ein neuer Beweis hievon, da diese Rücksicht nicht auf Verurtheilte vom Adel allein eingeschränkt ist.

dert Streichen nicht genug getadelt werden; es gehört dieser Paragraph gewiß unter diejenigen, welche dem Gesetze am meisten zum Vorwurfe gereichen [1]).

Die körperliche Züchtigung theils als Hauptstrafe, theils als Verschärfung unterscheidet sich nur durch das Maximum der zu ertheilenden Streiche, nämlich beim Manne höchstens fünfzig Haselnußstockstreiche, beim Weibe nicht mehr als dreißig Karbatschstreiche vom Ochsenzähm oder mit Ruthen, von der vorigen Strafe, und findet nur für politische Verbrecher statt, während die vorige für schwerere Verbrecher bestimmt ist.

Von der Brandmarkung, die eine öffentliche oder geheime war, haben wir früher bereits gesprochen. Eben so vom Fasten.

ad 3. Zu den Ehrenstrafen haben wir keine weiteren Bemerkungen hinzuzufügen, als daß die Ausstellung auf der Schandbühne in Kriminalverbrechen an drei nacheinanderfolgenden Tagen immer eine Stunde hindurch an einem zur Zusammenkunft des Volkes geräumigen Orte zu geschehen hat, während sie im Falle des politischen Verbrechens entweder ein einziges Mal, oder zum zweiten und dritten Male verhängt werden kann. Eine ganz besondere Erwähnung verdient die Ehrenstrafe der Galgenschande, welche auch im Josefinischen Gesetzbuche mit der Todesstrafe als außerordentliche Strafe noch vor der Aufzählung der ordentlichen Strafen ihre Erwähnung gefunden hat. Wäre nämlich ein Verbrecher durch Verbergung, Flucht oder durch seinen Tod dem Arme der Kriminalgerichtsbarkeit entzogen, so kann bei Verbrechen, die großes Aufsehen und Aergerniß erwecken, oder bei welchen die Straflosigkeit weitere nachtheilige Folgen besorgen ließe, das Strafurtheil auch an dem Abwesenden oder Todten (!) auf folgende Art vollzogen werden: Der Name des Verbrechers, die begangene Missethat und das hierauf erfolgte Kriminalurtheil werden in einer Anzeige an einen Galgen geschlagen und allgemein durch öffentliche Zeitungsblätter bekannt gemacht.

ad 4. Wann die Vermögenskonfiskation einzutreten habe, ist ebenfalls bereits gesagt worden. Was Geldstrafen anbetrifft, so sind sie dem Gesetze als Regel unbekannt und können, wie der §. 10

[1]) Dieser Fleck der österreichischen Gesetzgebung schleppt sich durch alle seine Fasen bis auf unsere Tage herab, und man sieht, welche weitreichende Folgen gute wie schlechte Grundlagen haben können.

I. sagt, gegen politische Verbrechen, den einzigen Fall verbotenen Spiels ausgenommen, nicht verhängt werden. Hieher gehören allerdings noch alle jene strafbaren Handlungen, welche durch andere besondere Gesetze und Verordnungen normirt werden, und in denen sowohl die Konfiskation einzelner Gegenstände, als auch Geldstrafen ausgesprochen sind.

Ein neuer, lebenskräftiger und segensreicher Grund zur künftigen Ordnung der Dinge war gelegt, er dient noch heute als Basis unseres gesammten Strafrechtes und der Lehre von den Strafmitteln überhaupt, und er wird noch für die nächsten Jahrhunderte, ja so lange es Verbrechen geben wird, der einzig natürliche und lebensfähige bleiben, es ist diejenige Basis, welche auch im Verbrecher und dessen Bestrafung den Menschen in seiner Würde auffaßt und voraussetzt, ihn als solchen in der Strafe behandelt, das heißt gebessert der Gesellschaft zurückgibt. Diesen Geist der Humanität konnte die befangene Mitwelt freilich noch nicht ganz verstehen. Heutzutage aber ist die Menschheit in ihrer Kulturrichtung ganz danach geschaffen, den Ruhm des Gesetzbuches vollkommen zu fassen. Wir haben seit Josef von keinem neuen Strafsysteme mehr zu sprechen, denn des System der Josefina ist immer noch das herrschende. Dagegen haben wir von Reformen zu reden, welche das Gegebene theils weiter entwickeln, theils dessen dunkle Schatten allmälig heben und uns den heutigen Zustand des Strafsystemes erklären. Josef's Gesetz lebte nahezu eben so lange als die Theresiana; während aber hier mit dem Worte auch der Geist erstarb, ist dort der Geist geblieben, er lebt, und wirkt noch immer und für alle Zukunft in unseren Institutionen nach.

Josef selbst erließ verschiedene Verordnungen [1]), welche zwar kein Prinzip berühren, aber — so weit sie die Bestrafung der Verbrecher betreffen — immerhin von Interesse sind. So erschien am 18. Oktober 1787 eine Gubernialverordnung für Böhmen, welche verbietet, den politischen Verbrechern das Haar abzuschneiden. Ein anderes Hofdekret vom 23. Juni 1788 befiehlt, daß bei öffentlicher Arbeit sowohl als in den Zuchthäusern mit den verurtheilten Sträflingen in Ansehung ihrer

---

[1]) Siehe hierüber: Vollmayer Versuch einer Geschichte der österreichischen Strafgesetzgebung, Wien 1804. Daselbst sind die betreffenden Verordnungen in chronologischer Ordnung, aber leider nur mit kurzer oft ganz dunkler Inhaltsanzeige angeführt. Siehe die Ausführung in der ämtlichen: „Sammlung der Gesetze und Verordnungen im Justizfache" zuerst seit 1780, d. h. dem Regierungsantritte Kaiser Josef's, in Folio, hernach in Oktav herausgegeben.

Religion kein Unterschied gemacht werden sollte. Die beiden Hofdekrete vom 13. Oktober 1789 und 30. Dezb. 1789 handeln von der Strafe des Schiffziehens und ihrer Durchführung; ersteres insbesondere von der Uebergebung der zum Schiffziehen bestimmten Verbrecher an das Militär. Mehr von dem sein Gesetz nur drei Jahre überlebenden Kaiser zu fordern, wäre um so unbilliger, als bei der Neuheit des Systemes die Erfahrung Vieles zur Belehrung des Menschen beitragen mußte.

Erst Kaiser Leopold legte energischere Hand an die schreiendsten Punkte des Josefinischen Gesetzes. Sein erstes Hofdekret datirt schon vom 7. Mai 1790, kein Vierteljahr nach dem Regierungsantritte, wodurch die öffentliche Züchtigung, die öffentliche Brandmarkung und die Anschmiedung der Missethäter, ferner das Schiffsziehen gänzlich abgestellt wurden, und allen Gefangenen, auch den wegen der schwersten Verbrechen Verurtheilten, dreimal in der Woche warme Speisen zur Erquickung gereicht werden sollten. Wie viel des Guten auf Einmal! Welch' schätzbare Verordnung! Wenige Tage danach, am 31. Mai 1790, erschien ein zweites Hofdekret, welches die Nachsicht der Vermögenskonfiskation für alle jene Deserteure eintreten läßt, welche während eines Generalpardons sich freiwillig und in noch diensttauglichem Stande ihren Regimentern stellen. Eines ebenfalls liebevollen Inhaltes ist das Hofdekret vom 2. August 1790, welches den zur öffentlichen Arbeit verurtheilten Israeliten bezüglich ihrer Religion große Erleichterungen gewährt.

Von dem allergrößten Werthe ist endlich noch das Hofdekret vom 10. November 1791, wodurch die erheblichsten Verbesserungen in der Verpflegung und Behandlung getroffen wurden. Es ordnet eine regelmäßige Beaugenscheinigung der Gefängnisse an, hebt die Beschränkung der Lagerstätte auf bloße Bretter dadurch auf, daß es verordnet, den Gefangenen aller Gefängnißgrade ohne Unterschied einen Strohsack mit einer Decke oder Kotze zu geben, die Brecheln sogleich abzuschaffen und sich wegen Fesselung und Verpflegung der verhafteten Untersuchungsgefangenen genau an die Vorschriften der §§. 63 und 64 der Kriminal-Gerichts-Ordnung zu halten.

Dieser Kaiser blieb aber nicht bei bloßer Flickarbeit stehen, wodurch er nur die schreiendsten Mängel zum Schweigen bringen wollte. Die vielen sonstigen Fehler des Gesetzes schienen ihm eine durchgängige Revision desselben zu erheischen, und er setzte eine Hofkommission zur Verfassung eines Entwurfes ein, den er leider nicht mehr erlebte. Was dieser Kaiser in der kurzen Zeit seiner Regierung that, läßt vermuthen,

daß er an Ruhm, und besonders im Strafrechte, seinen Vorgänger erreicht, wenn nicht übertroffen hätte. Die Vorsehung wollte es anders und verfügte das Unglück seines Todes über das Land; wer weiß aber, ob jene Reaktion gegen den Geist des Josefinischen Gesetzes, der sich durch das Gesetz von 1803 vollzog, eingetreten wäre, wenn Leopold noch länger gelebt hätte.

Indessen jedoch, als dieser Entwurf von der Hofkommission und hierauf von einigen in den einzelnen Provinzen aufgestellten Kommissären geprüft wurde[1]), erschienen unter Kaiser Franz II., Leopold's Nachfolger, noch mehrere Hofdekrete, von denen wir nur Eines anführen zu müssen glauben. Im Jahre 1794 richteten, durch die Ereignisse der französischen Revolution und ihren Rückschlag auf die übrigen europäischen Länder bewogen, die oberste politische und Justizhofstelle an den Kaiser den Antrag, die Todesstrafe für Hochverräther wieder einzuführen. Dies geschah durch Patent vom 2. Jänner 1795[2]), nachdem dieselbe durch vierzehn Jahre (seit 1781, siehe oben) mit Ausnahme jenes Falles vom Jahre 1786 faktisch aufgehoben war. Die Einführung lautet im Patente auf Hochverrath, auf das Verbrechen der beleidigten Majestät und auf Landesverrath. Das möge hingehen, aber die Hofkommission im Verein mit der politischen und Finanzhofstelle versuchten (1801), ermuthigt durch den einen gelungenen Versuch, in ihrer ungerechtfertigten, zum Wenigsten über das Ziel hinausschießenden Besorgniß einen zweiten Antrag zu machen und die Todesstrafe auch noch auf die (vorgeblich überhand nehmende) Münz- und Banknotenfälschung, ja späterhin auch auf das Verbrechen des Mordes, der gefährlichsten Fälle der Brandlegung ausdehnen zu lassen. Allein die betreffenden Verhandlungen wurden mit jenen des bald zu erlassenden Strafgesetzes verbunden, in welchem, wie bekannt, die Propositionen der Hofstellen ihre volle Befriedigung erlangten, und den Kaiser späterhin zu jenem merkwürdigen Hofdekrete vom 29. Oktober 1803 trieben, welches in seinem Tone beinahe wie eine Entschul-

---

[1]) Da zu dieser Zeit eben Westgalizien mit Oesterreich vereinigt wurde und daselbst die Einführung eines neuen Strafgesetzes ein dringendes Bedürfniß war, so erhielt dieser Entwurf mittelst Kundmachungs-Patentes v. 17. Juni 1796 auf 1. Jänner 1797 verbindende Kraft; hiedurch wurde der Vortheil erzielt, daß die mittlerweiligen Erfahrungen daselbst bei der endlichen Schlußfassung benutzt werden konnten. — Ueber diesen Entwurf siehe auch Kleinschrod im Arch. für Kr. R. I. 2. Stück. S. 87.

[2]) Siehe die Ausführung dieses gewiß merkwürdigen Patentes in Nr. 209 der Jos. Ges. S.

digung lautet, und auf das wir gleich noch zurückkommen müssen. Es kam endlich das Strafgesetzbuch von 1803 zu Stande. Es liegt ihm im Wesentlichen das Westgalizische zu Grunde. Was jedoch die Strafen anbetrifft, so ist es der Hofkommission im geraden Gegensatze zu den humanen Intentionen Kaiser Josef's gelungen, die Todesstrafe nicht nur auf die in Vorschlag gebrachten und in das westgalizische Strafgesetzbuch aufgenommenen Fälle zu belassen, sondern dieselbe sogar noch auf einige Fälle mehr auszudehnen. Während das westgalizische Gesetz den Hochverrath, Meuchelmord, Vergiftung, Eltern- und Gatten-, endlich den Raubmord mit dem Tode bedroht, wird diese Strafe im Strafgesetze von 1803 auf Mord überhaupt, dann auf einige Fälle von Brandstiftung und Verfälschung der öffentlichen Kreditspapiere ausgedehnt [1]).

Diesen Stoß gegen das Josefinische Gesetz hat offenbar Feuerbach und seine Abschreckungstheorie verschuldet, zu welcher sich das neue Gesetz im zehnten Absatze des Kundmachungspatentes ausdrücklich [2]) bekannt hat. Entsprechend derselben fielen denn auch die Drohungen mit Kerkerstrafe über alle Maßen hart und strenge aus, und das Gesetz wäre bei allen seinen sonstigen Vorzügen ganz danach angethan gewesen, den Ruhm der Humanität einzubüßen, wenn ihn nicht ein außerordentlich weitgehendes Milderungsrecht des Richters wieder gerettet hätte, wodurch freilich die Praxis, nicht aber das Gesetz an Ruf gewinnt, auch abgesehen davon, daß dieses Milderungsrecht ein gegen sich selbst gerichtetes Dementi, eine an sich selbst begangene Inkonsequenz und überdies etwas Schwankendes, mehr oder minder von der Einsicht des Richters Abhängiges ist.

Das mag der edle Gesetzgeber von seinem humanen Standpunkte aus der Feuerbach'schen Theorie gegenüber recht wohl gemerkt haben, und er fand sich bewogen, nicht bloß im Kundmachungspatente die Ansichten seiner Hofkommissionen zu rechtfertigen [3]), sondern

---

[1]) Die Strafe des Todes betrifft in letzterem Falle sogar jeden Mitschuldigen.

[2]) „Der Schuldige soll kein größeres Uebel leiden, als zur Hintanhaltung der Verbrechen angedroht und vollzogen werden muß."

[3]) Achter Absatz: „Bei Bestimmung der Strafarten legten Uns überwiegende Gründe die Nothwendigkeit auf, die Todesstrafen auf einige Gattungen der Verbrechen auch außer dem Standrechte wieder herzustellen. Sie sind aber auf diejenigen Verbrechen eingeschränket worden, welche nur mit voller Ueberzeugung ausgeführt werden können, und bei ihrem höchst gefährlichen Einflusse auf die öffentliche und Privatsicherheit der öffentlichen Verwaltung diese Strenge abnöthigen."

noch überdies in einem Hofkanzleidekrete vom 19. Oktober 1803 die Ausdehnung der Todesstrafe förmlich zu entschuldigen [1]).

Nach dem Strafgesetzbuche von 1803 sind Tod und Anhaltung im Kerker die einzigen Hauptstrafen für Verbrechen (§. 9). In dieser Bestimmung liegt an sich ein Fortschritt in Bezug auf das Josefinische Gesetz, wonach Stock-, Karbatsch- und Ruthenstreiche, die Ausstellung auf der Bühne ebenfalls Hauptstrafen sein können.

Es ist ferner die Kerkerstrafe in Zusammenhaltung mit den entsprechenden Graden des Josefinischen Gesetzes entschieden milder (worauf der Gesetzgeber im Kundmachungspatente Absatz 9 hinweist); sie sind es aber durchaus nicht, wenn man bedenkt, daß die Todesstrafe auf viele Fälle wieder eingeführt wurde. Während sich also das Josefinische Gesetz damit entschuldigen kann, daß seine allerdings grausamen und gräßlichen Gefängnißstrafen nur auf die schwersten allgemein für todeswürdig gehaltenen Verbrechen gesetzt sind, kann das Strafgesetzbuch von 1803 diese Entschuldigung nicht anbringen, was ihm dann mit Recht den Vorwurf der Strenge zuzieht.

Was nun die Todesstrafe anbetrifft, so wird sie nach dem Gesetze von 1803 am dritten Morgen, nachdem das Urtheil dem Verbrecher auf einem vor dem Gerichtshause errichteten Gerüste öffentlich kundgemacht worden ist, ebenfalls öffentlich mit dem Strange vollzogen [2]).

Was die Kerkerstrafe betrifft, so unternimmt das Gesetz eine doppelte Abstufung; a) nach dem Grade, b) nach der Dauer.

---

[1]) Es heißt unter Anderem darin: „Es habe sich die Anzahl der Verbrechen seit Aufhebung der Todesstrafe nicht vermehrt (hört!), die Erweiterung habe also keineswegs Beziehung auf den allgemeinen Charakter der Nation, dessen ihm eigener Gutmüthigkeit, Folgsamkeit und Liebe zur Ordnung Sr. Majestät im Angesichte Europa's die verdiente Gerechtigkeit widerfahren lasse (!!). — Weiter unten: Die Strafe sei nur dann gedroht, wenn der für die Gesetzgebung einzige Grund schonender Strafen, die Hoffnung jemaliger Besserung, aufgegeben ist (?). Gegen so hartnäckige Böseswichte könne daher dem gemeinen Wesen nur ihr Tod Sicherheit gewähreu (?!). Die Pflicht, die gemeinschaftliche Sicherheit wirksamer zu beschützen, die hohe Sorgfalt des Regenten, für die Sicherheit der rechtlichen Unterthanen zu sorgen, lege die traurige Nothwendigkeit auf, die Todesstrafe auf mehrere Verbrechen wieder festzusetzen, wobei sich Se. Majestät zugleich versprechen, daß die dadurch lebhaft vergegenwärtigte Größe der Strafe den Eindruck derselben verstärken und als eine abschreckende Warnung (!) auch auf Andere einwirken werde." — Diese Worte brauchen wohl keinen Kommentar.

[2]) Daß die Frage über die Zulässigkeit der Todesstrafe beziehungsweise ihre Aufhebung in den Sturmesjahren 1848 und 1849 an die Tagesordnung der politischen Diskussion kam, läßt sich denken; ihr Resultat war auch in

Es gibt drei Kerkergrade: schwerster Kerker, schwerer Kerker und Kerker[1]).

Schwerster Kerker oder Kerker des dritten Grades besteht darin, daß der Sträfling in einem von aller Gemeinschaft abgesonderten Kerker, worin er jedoch so viel Licht und Raum, als zur Erhaltung der Gesundheit nöthig ist, genießt, stets mit schweren Eisen an Händen und Füßen, und um den Leib mit einem eisernen Ringe, an welchem er außer der Zeit der Arbeit mit einer Kette angeschlossen wird, verwahret, nur alle zweite Tage mit einer warmen, doch keiner Fleischspeise genährt, die übrigen Tage aber bei Wasser und Brot gehalten, sein Lager auf bloße Bretter eingeschränkt, und ihm mit Niemanden eine Zusammenkunft oder Unterredung gestattet wird. — Freilich ist dieser Grad nur auf Mitschuld am Hochverrathe, wegen geflissentlicher Nichthinderung desselben, auf Kindesmord an einem ehelichen Kinde, auf mindere Fälle der Brandlegung, auf Raub unter den erschwerendsten Umständen, endlich auf solche Fälle eingeschränkt, wo statt der Todesstrafe schwerster Kerker eintritt; aber trotzdem läßt sich die Härte dieses Kerkergrades durch nichts rechtfertigen. Ein Beweis dafür sind diejenigen nachträglichen Bestimmungen[2]), wodurch die Verpflegung der Sträflinge regulirt, ihnen eine besondere Sommer- und Winterkleidung, eine Lagerstätte mit Strohsäcken, Leintüchern und Strohpölstern, endlich am Sonntage Fleischbrühe mit ¼ Pfund Fleisch, dann in der Woche dreimal Mehlspeise mit Milch, und täglich nebst ihrer Speise 1 Pfund Brot, und zwar ohne Rücksicht auf den Grad des Kerkers, gewährt wird. Auch kann ihnen die Hälfte ihres Ueberverdienstes auf Unterhaltungs-Aufbesserung an Brot, Bier oder warmer Suppe gestattet werden. Es ist hierin allerdings nur die Rede von denjenigen Sträflingen, die ihre Strafe im Provinzialstrafhause oder am Sitze des Kriminalgerichtes selbst auszustehen haben, so daß also die Kerkersträflinge des dritten Grades, besonders was Lagerstätte und Nahrung betrifft, nicht

---

der That die offizielle Erklärung Kaiser Ferdinand's (Juni 1848), es solle kein Todesurtheil vollstreckt werden, bis die konstitutionelle gesetzgebende Gewalt über die Beibehaltung oder Abstellung der Todesstrafe entschieden haben wird, aber sie ist in dem bald hierauf losbrechenden Kanonendonner wirkungslos verklungen, und kann somit außer ihrer Erwähnung keine weitere Berücksichtigung hier finden.

[1]) Für die schweren Polizeiübertretungen sind entsprechend drei Grade des Arrestes: strenger Arrest, gerichtlicher Arrest und Hausarrest aufgestellt worden.

[2]) Z. B. Hofkanzleidekrete v. 10. Aug. 1815 und 20. Okt. 1815.

darunter gemeint werden können. Auch das unbedingte Verbot des Verkehres mit anderen Personen wurde durch die Hofkanzleidekrete vom 26. Februar 1818 und 16. Dezember 1844 dahin modifizirt, daß er speziell und ausschließend nur in folgenden zwei Fällen ausnahmsweise gestattet werden dürfe: 1. um einem zum schweren Kerker verurtheilten Sträfling die Unterredung mit seinem gerichtlich aufgestellten Kurator in Vermögensangelegenheiten, und 2. den Obsorgern der Schutzvereine für entlassene Sträflinge eine Rücksprache mit jenen zur schweren Kerkerstrafe verurtheilten Sträflingen zu ermöglichen, welche nach ihrer Entlassung aus der Strafanstalt von dem Vereine in Schutz genommen werden sollten. Obwohl nun auch hier das Gesetz nur vom zweiten Kerkergrade spricht, so beziehen wir diese Verordnung so wie die obige auch auf den dritten Kerkergrad, weil derselbe vermöge eines niemals kundgemachten Justizhofdekretes vom 15. Jänner 1833 faktisch außer Uebung gekommen war. Die Härte des dritten Grades bestand also nach dem Wortlaute des Gesetzes dreißig Jahre.

Der zum Kerker zweiten Grades verurtheilte Verbrecher wurde mit Bezug auf die oben angegebenen Erleichterungen nur mit Eisen an den Füßen angehalten, während er früher täglich nur eine warme Speise, ohne Fleisch, erhielt, auf bloße Bretter eingeschränkt und ihm keine Unterredung mit Leuten, die nicht unmittelbar auf seine Verwahrung Bezug haben, gestattet war.

Auch der Kerker ersten Grades, welcher nach dem Wortlaute des Gesetzes darin besteht, daß der Sträfling zwar ohne Eisen, aber enge verwahrt und in der Verpflegung so gehalten wird, wie es die Einrichtung der für solche Sträflinge bestimmten Straförter mit sich bringt, daß ihm kein anderes Getränke als Wasser zugelassen, und mit Niemanden eine Zusammenkunft ohne Gegenwart des Gefangenwärters, auch keine Unterredung in einer dem Letzteren unverständlichen Sprache gestattet wird, muß nur unter der angegebenen Modifikation verstanden werden. Dies gilt insbesondere bezüglich der Nahrung (Aetzung), Kleidung und Lagerstätte. So sind denn die wirklichen Härten des Gesetzes baldigst im Sinne der Humanität herabgemindert worden [1]).

---

[1]) Die Verpflegungsvorschriften der Sträflinge, worunter wir überhaupt alle Bestimmungen über Disziplin, Hausordnung, Fesselungsart, Religionsunterricht, Beschäftigung, Arbeiten, Nahrung, Kleidung, Lager u. s. w. verstehen, sind nicht in allen Kronländern vollkommen gleich gewesen, auch wir haben zur Charakterisirung nur so viel herausgehoben, als nöthig war, und verweisen in dieser Beziehung theils auf die Sammlungen der Nachtragsver-

Nach der Dauer gibt es lebenslänglichen und zeitlichen Kerker; letzterer in einem Minimum und Maximum von beziehungsweise sechs Monaten und zwanzig Jahren.

Die Nebenstrafen des Strafgesetzes von 1803, wenn sie auch in ihren einzelnen Bestimmungen Härten enthalten, oder an sich verwerflich sind, bilden doch im Gegensatze zum Josefinischen Gesetze dadurch einen nennenswerthen Fortschritt, daß sie eben nur Nebenstrafen sind; Tod und Kerker sind Haupt-, Anhaltung zur öffentlichen Arbeit, Ausstellung auf der Schandbühne, Züchtigung mit Stock- oder Ruthenstreichen, Fasten und Landesverweisung nach ausgestandener Strafe sind Schärfungen der Kerkerstrafe. Mit der Landesverweisung konnte nach §. 22 leider noch die Brandmarkung verbunden werden, allerdings nur gegen Ausländer, und bei besonderer Gefährlichkeit des Verbrechers durch Einschröpfung des Buchstaben R sammt den Anfangsbuchstaben der Provinz, in welcher das Urtheil ergangen ist; also gewiß in sehr seltenen Fällen, was übrigens keine Entschuldigung für das Gesetz ist, das einen Grundsatz wegen Seiner, nicht aber wegen des seltenen Vorkommens dulden oder nicht dulden sollte. Und doch bestanden diese Ruinen der Theresiana bis in das Jahr 1848 (22. Mai)[1], wo die Schandbühne, die Züchtigung mit Stock- und Ruthenstreichen, die Brandmarkung, und eben so im Falle schwerer Polizeiübertretungen die körperliche Züchtigung nnd die öffentliche Ausstellung im Kreise durch eine Entschließung des Kaiser Ferdinand, wahrscheinlich in Folge der politischen Bewegungen aufgehoben wurden. Durch denselben Erlaß wurden auch die körperliche Züchtigung als Disziplinarmittel gegen Untersuchungsgefangene und Sträflinge aufgehoben und zugleich angeordnet, es mögen die berufenen Behörden Untersuchungen anstellen, welche Hindernisse sich noch der sogleichen Abschaffung der öffentlichen Arbeit entgegenstellen. In Folge dessen wurde auch die öffentliche Arbeit, beziehungsweise die öffentliche Gemeinde-Arbeit (als Schärfung in schweren Polizei-Uebertretungen) durch Patent v. 17. Jänner 1850 aufgehoben. Das waren nun allerdings zeitgemäße Konzessionen, allein nun blieb als einzig gestattete

---

ordnungen und Gesetze durch Maucher, theils auf deren Ergänzung in der Zusammenstellung der betreffenden Gesetze durch Hye, so wie endlich auf den Justizministerial-Erlaß v. 29. Mai 1848 über die Behandlung der Gefangenen sowohl in den Untersuchungsgefängissen als auch in den Strafanstalten.

[1]) Durchgeführt in dem Justizministerial-Erlaß vom 29. Mai 1848.

Schärfung, wenn man von der seltenen Landesverweisung absieht, nur das Fasten übrig. Es verordnen freilich die beiden angezogenen Nachtragsgesetze, es möge entweder die Hauptstrafe innerhalb der gesetzlichen Schranken strenger ausgemessen, oder eine andere gesetzlich zulässige Verschärfungsart, beziehungsweise die Umwandlung in Arreststrafe, an die Stelle gesetzt werden. Allein dies ersetzte keineswegs die dem Individuum wie der Spezialität des Verbrechens anzupassende Mannigfaltigkeit der Strafzusätze. Diesem Bedürfnisse sollte das neue Strafgesetz von 1852 genügen. Doch ehe noch dieses erschien, wurde durch die Verordnung vom 6. Mai 1852, wie vorgegeben wird, auf Andringen der Strafhaus-Direktionen aus allen Theilen des Reiches wegen Unumgänglichkeit der Prügelstrafe die körperliche Züchtigung als Disziplinarstrafe wider Sträflinge und Untersuchungsgefangene unter gewissen Bedingungen für den ganzen Umfang des Reiches wieder eingeführt, und später theils als Schärfung in Verbrechensfällen, theils als Hauptstrafe und Schärfung für Vergehen und Uebertretungen in das neue Strafgesetz aufgenommen. Die übrigen Schärfungsarten jedoch blieben glücklicherweise für immer abgeschafft.

Es ist interessant, diese Fluktuationen in der Strafgesetzgebung aufmerksam zu verfolgen und auf einen Sprung nach vorwärts den Rückschlag zu beobachten. Wie ein Wellenschlag in geschwungener Linie, sehen wir ein Auf-, ein Niederwärts, ein Vor-, ein Rückwärts. Auf die Theresiana folgte der mächtige Schwung der Josefina, darauf ein Rückschlag im Westgalizischen und Wiener Strafgesetze von 1803, hierauf die Entschließungen in den Bewegungsjahren von 1848—1850, darauf wieder ein kleiner Rückschlag durch das Gesetz von 1852, und heute steht man im Begriffe, ein neues, liberales, zeitgemäßes Strafgesetzbuch unseren Verfassungskörpern zur Berathung vorzulegen. Aber immer ist die Rückschlagswelle kürzer als die des Fortschrittes, so daß das endliche Resultat ein Fortschritt zum Bessern ist.

So manifestirt sich auch hier das Naturgesetz, welches unter Fluktuationen doch nach vorwärts bringt. Die Gewalt, welche die Bewegung hervorbringt, ist die Kultur, und einer ihrer mächtigsten Hebel: die Wissenschaft.

Was die einzelnen Schärfungsarten anbetrifft, so haben wir wenig mehr hinzuzufügen.

Mit jeder Verurtheilung zum Kerker ist Arbeit verbunden, d. h. Arbeit innerhalb den Gefängnißmauern als Disziplinarmittel, durchaus nicht als Strafe, und ist daher von öffentlicher Arbeit, als dem

Schärfungsmittel und als eigentlichem Strafzusatz wohl zu unterscheiden. Zur öffentlichen Arbeit können nur Verbrecher männlichen Geschlechts verurtheilt werden, und weil die öffentliche Arbeit nicht anders als in Ketten zu verrichten ist, kann sie nur der schweren und der schwersten Kerkerstrafe beigefügt werden. Verbrecher, deren Strafzeit über 10 Jahre sich erstreckt, können auch zur Galeerenarbeit verurtheilt werden [1]). Die Galeerenstrafe ließ sich jedoch aus bekannten Gründen nicht im größeren Maßstabe durchführen, und blieb auch (Hofkanzleidekret vom 18. November 1803) auf das Venezianische Gebiet beschränkt; endlich wurde sie durch hohe Entschließung vom 12. April 1819 gänzlich aufgehoben und dadurch der humane Geist der österreichischen Strafjustiz um ein Namhaftes gefördert.

Die Ausstellung auf der Schandbühne ist im Vergleich zur Josefina noch überdies dadurch vortheilhaft unterschieden, daß sie nur in den ausdrücklich durch das Gesetz vorgeschriebenen Fällen oder dann Statt hat, wenn die Strafe auf wenigstens zehnjährigen Kerker ausfällt.

Der wundeste Fleck in dem Systeme der österreichischen Strafmittel war und ist noch immer die körperliche Züchtigung. Es läßt sich kaum begreifen, wie das richterliche Ermessen, dem doch in allen anderen Strafarten so enge Fesseln angelegt wurden, gerade in diesem, vielleicht dem verführerischesten Strafmittel, ganz frei gelassen werden konnte. Die Züchtigung kann während der Strafzeit mehrmals wiederholt werden; sowohl die Zahl, welche das Maximum von fünfzig Streichen nicht übersteigen darf, als ihre Wiederholung, hängt ganz von der Bestimmung des Richters ab [2]).

Das Fasten kann nicht öfter als dreimal in der Woche, und nur an unterbrochenen Tagen verhängt werden. Das Analogon für die Landesverweisung in schweren Polizei-Uebertretungen ist die Abschaffung

[1]) Regulative hiezu bezüglich der jüdischen und christlichen Feiertage und des Minimums der öffentlichen Arbeitstage geben Erläut. v. 17. Mai 1805, Hofdekrete vom 1. Mai 1803 und 14. Dezember 1804.

[2]) Regulative bezüglich der Züchtigung an Weibspersonen durch Personen ihres Geschlechtes und während der monatlichen Reinigung geben Hofkanzleiverordnung vom 4. August 1803, Hofdekrete vom 24. April 1812, 4. Febr. 1803, 19. Juli 1811 u. dergl. Es sollen nämlich Frauenspersonen nur von Personen ihres Geschlechtes (gewöhnlich von den Weibern der Gerichtsdiener oder Gefangenwärter) und mit Beseitigung aller männlichen Zuseher, außer eines bescheidenen Kommissärs (?) gezüchtigt werden. Auch bei Männern, welche das achtzehnte Jahr bereits zurückgelegt haben, können, wo Stockstreiche der Gesundheit gefährlich wären, Ruthenstreiche angewendet werden. Bei Frauenspersonen soll die Züchtigung bis nach vollendeter Reinigung verschoben werden.

aus einem Orte oder einer Provinz, welche selbstverständlich nur Inländer treffen kann.

Die Vermögens-Konfiskation ist ebenfalls im Vortheile zum Josefinischen Gesetze dem Strafgesetze von 1803 gänzlich unbekannt, nachdem sie schon durch Leopold auf die Strafe des Aufruhrs und nur auf Rädelsführer eingeschränkt worden ist.

Von sehr großem Gewichte sind auch die Erleichterungen, welche das Strafgesetz von 1803 dem Josefinischen gegenüber bezüglich der mit der Verurtheilung zu schwerer oder schwerster Kerkerstrafe verbundenen Rechtsfolgen statuirt. Letzteres raubt dem Verurtheilten den Fruchtgenuß seines Vermögens, und zieht ihn nach Bestimmung und Abführung des standesmäßigen Unterhaltes für sein Weib und seine Kinder zu Gunsten des Kriminalfondes ein; das ist nicht nur hart gegen die Familie, sondern ein entschiedenes Unrecht, welches die Justiz am fremden Eigenthume verübt. Dem entgegen bestimmt das Strafgesetz von 1803 nur: der Verbrecher könne vom Tage des ihm angekündigten Urtheils und so lange seine Strafzeit dauert weder unter Lebenden ein verbindliches Geschäft schließen, noch einen letzten Willen errichten. Das Josefinische Gesetz erklärt auch jene letztwilligen Anordnungen für ungiltig, die der Verurtheilte zwar vor geschöpftem Urtheile, aber nach seiner Verhaftnehmung errichtet hat. Stirbt der Verurtheilte während der Strafzeit, so werden auch alle in was immer für einer Zeit errichteten letztwilligen Anordnungen ungiltig. Von all' diesen Schroffheiten ist das Strafgesetz von 1803 ferne geblieben, indem es ausdrücklich anordnet, daß seine vorigen Handlungen oder Anordnungen wegen der Strafe ihre Giltigkeit nicht verlieren.

Das heutige Strafsystem in Oesterreich.

Das österreichische Strafgesetzbuch von 1852 kündigt sich selbst als eine Revision des Strafgesetzes von 1803 an. Es ist keine Revision, behaupten wir, wenigstens keine was den Geist desselben anbetrifft, der hier entscheidet; die Anordnung, Methode, Eintheilung, Begriffsbestimmung, Tertirung ist wohl zumeist dieselbe, aber was sind sie gegen die neue Anschauung, welche sich nirgends mehr ausprägt, als eben im Strafsysteme, auf das wir unser Hauptaugenmerk gerichtet haben; und da behaupten wir, daß das jetzige Strafgesetz ein auf durchweg neuer Basis gebautes sei. Das frühere Strafgesetz kennt noch die Abschreckung als alleinigen, maßgebenden Zweck, die Besserung ist ihm zufälliger Nebenzweck. Dieses ist im neuen Strafgesetze um-

gekehrt. Hier ist die Gerechtigkeit das letzte Ziel der Bestrafung, und damit geht die Besserung des Verbrechers Hand in Hand, die Abschreckung jedoch ist gerade hier das Sekundäre, ja das Zufällige. Es wäre der würdige Gegenstand einer eigenen Untersuchung, das Gesagte durchzuführen und zu beweisen. Dazu ist hier nicht Raum genug, aber, um eine Behauptung wenigstens nicht ganz und gar in die Luft zu stellen, sollen einige Punkte nur angedeutet werden, welche den Beweis glaublich machen sollen.

Das Strafgesetz von 1803 vermehrt die Fälle, worauf Todesstrafe gesetzt ist, obgleich der Gesetzgeber ausdrücklich und in der That ganz im Einklange mit der Wirklichkeit erklärt, daß ihn der allgemeine Charakter des Volkes nicht hiezu bewege, sondern — wie wir hinzufügen — die Konsequenzen des Abschreckungsprinzipes. Neben dieser Bestimmung werden allzuharte Kerkergrade aufgestellt, welche, obgleich im Vergleich zur Josefina gelinder, dennoch relativ zum Strafsysteme härter dastehen, weil neben ihnen die Todesstrafe eingeführt ist; ganz denselben Charakter tragen die Nebenstrafen an sich, wie: körperliche Züchtigung, Brandmarkung, öffentliche Arbeit, Ausstellung auf der Schandbühne. Zur Bestätigung alles dessen endlich dienen die Worte des zehnten Absatzes des Kundmachungs-Patentes: „Der Schuldige soll kein größeres Uebel leiden, als zur Hintanhaltung der Verbrechen (also offenbar der künftigen, die der Bestrafte, oder die alle übrigen Unbestraften noch nicht verübt haben, damit sie sie nicht verüben, und nicht wegen des bereits verübten, wessenwegen nach diesen Worten eigentlich gar keine Strafe erfolgt) angedroht und vollzogen werden muß."

Die Abschreckung braucht Strafmittel, deren Hauptwirkung im Eklat bestehen muß; das Uebel selbst, nämlich die Zufügung eines solchen und dessen Empfindung im Bewußtsein des Bestraften könnte etwa äquivalent sein; dennoch muß das Abschreckungsprinzip jenes Uebel wählen, welches auch zur Anschauung des Volkes kommen kann, damit auch dessen Bewußtsein etwas empfinde, was es vor Begehung der Verbrechen abhalte, eine Art Vorgeschmack, oder Vorstrafe, damit kein Verbrechen begangen werde. Wenn nun ein Gesetz die Todesstrafe auf verhältnißmäßig weniger Fälle einschränkt, die Exekution derselben im Sinne der Humanität regulirt, wenn sie die Kerkerstrafe um ein Namhaftes in der Strenge, besonders was die Verpflegung anbetrifft, herabsetzt, die Strafzusätze — ich sage nicht — aufhebt, sondern nur umtauscht, und zwar nicht etwa darum, weil sie an sich härtere Uebel

sind, sondern darum, weil sie in ihrem Charakter inhuman dem Besserungs-, dem Billigkeitszwecke überhaupt zuwider sind; so ist dies keine Revision mehr, es ist dann ein neues Gesetz und eine höhere Stufe der Gerechtigkeit, wenn auch die Erläuterer unseres Gesetzes (Hye — Herbst) etwas anderes behaupten.

Gerade in den Strafzusätzen läßt sich das am deutlichsten erkennen. Die öffentliche Arbeit zum Beispiele ist an sich ein viel geringeres Uebel, als die Einzelhaft oder die Dunkelzelle; was ist die geheime Brandmarkung an sich für ein Uebel gegenüber dem Fasten zwei- oder dreimal der Woche durch 20 Jahre?! Man kann also nicht einwenden, daß die stete Zunahme der allgemeinen Sittlichkeit ein allmäliges Zurückgehen in der Strenge der Strafen erheische, denn wir halten gerade im Gegentheile die heutigen Strafzusätze für an sich empfindlichere Uebel, als die früheren. Das was diese verwerflich macht, ist ihre permitiose Einwirkung auf die sittliche Qualität des Menschen, was der Abschreckungstheorie wohl konform sein kann, der neueren Anschauung aber schnurstracks zuwiderläuft. Der Umtausch der Strafzusätze deutet somit auf Umtausch im Prinzipe, darauf hin deuten auch die Reserven, mit denen die Gesetzgebung ihre Wiedereinführung der körperlichen Züchtigung umgeben hat. Aeußere Umstände, nicht das Prinzip haben sie hiezu bewogen. Daß unser Strafgesetz in der That bereits den Feuerbach'schen Standpunkt verlassen, und, wenn auch in noch unvollkommenen, mangelhaften Anfängen auf dem neueren Boden der Humanität, d. h. auf dem der absoluten Gerechtigkeit im Vereine mit der Besserung steht, beweist auch ausdrücklich das Motiven-Elaborat, respektive der Vortrag des damaligen Justizministers Schmerling (24. Aug. 1850) an Seine Majestät den Kaiser, wo es heißt: es sei nothwendig, „die Ausarbeitung eines ganz neuen Strafgesetzbuches in Angriff nehmen zu lassen, welches, den Anforderungen der Wissenschaft entsprechend, eben sowohl die veränderte politische Gestaltung, als auch die heutige Bildung und Gesittungsstufe der verschiedenen Völker des Kaiserthums ..." ꝛc.

Was man also auch dem heutigen österreichischen Strafsysteme vorwerfen mag — und auch wir versparen uns unsere Bemerkungen auf den geeigneten Ort —, es hat seit seinem letzten Gesetze eine prinzipielle Schwenkung gemacht, die mehr als bloße Revision oder Reform ist.

Der letzte Beweis endlich ist der Umstand, daß die Regierung eben jetzt im Begriffe steht, einen neuen Strafgesetzentwurf den Verfas-

sungskörpern vorzulegen. Warum thut sie das? Unser Strafgesetz ist vor Kurzem zehn Jahre alt geworden, das ist für Gesetze noch immer Kindesalter; wie kommt es, daß es so schnell unbrauchbar geworden, nachdem es kaum zu wirken angefangen? Steht es wirklich, wie fälschlich behauptet wird, auf dem Abschreckungsprinzipe, so mußten binnen der zehn Jahre die Verbrechen entweder kenntlich zugenommen, oder kenntlich abgenommen haben, damit in Konsequenz zum Prinzipe die Strafen noch strenger, oder damit sie milder gemacht werden. — Nicht Eines, nicht das Andere ist der Fall. Die Verbrechen, d. h. ihre statistischen Ziffern, fluktuiren zwar auf und ab, man kann aber aus einer zehnjährigen Beobachtungsperiode noch gar keinen sicheren und endgiltigen Schluß auf die Zunahme oder Abnahme der Gesittung im großen Ganzen der Gesellschaft (wohl allenfalls in einzelnen Gebieten) machen, weil ein Dezennium viel zu wenig ist, um Schritte ganzer Völker zu beurtheilen. Dieses Motiv kann also die neueste Entwurfsidee nicht haben, es bleibt keine andere Vermuthung übrig, als die, daß die vorhandenen Mängel des jetzigen Gesetzes im Sinne des modernen Bedürfnisses und der heutigen Anschauung entweder gänzlich beseitigt, oder wo möglich noch mehr abgeschwächt werden. Ist dieses richtig, so kann die Abschreckungstheorie unmöglich immer noch die Basis unseres Gesetzes sein. Das heutige Gesetz war nichts als der Anfang oder ein Uebergang von Feuerbach auf Köstlin, die nächste Zukunft wird somit nicht Neues und Erstes, sondern nur Verbessertes und Reformirtes im wahren Sinne des Wortes bringen.

Die Betrachtung des österreichischen Strafsystems wird lehren, welche Forderungen die Wissenschaft, auch abgesehen von dem kühnen Fluge der Theorie, nur nach gegebenen Umständen und vom rein praktischen Standpunkte aus gesehen, an die nächst künftigen Reformen machen muß.

Es gibt Haupt- und Nebenstrafen, oder wie sie das Gesetz nennt, Hauptarten der Strafen und Verschärfungen der Kerkerstrafen (I. Thl., II. Hptst., §§. 12—50); oder Gattungen der Strafen und Verschärfungen der Strafen (II. Theil, II. Hauptstück, §§. 240—262).

Sowohl Haupt- als Nebenstrafen für alle Gattungen von strafbaren Handlungen lassen sich nach ihrer Wesensqualität unter folgende Gesichtspunkte bringen:

1. Die Todesstrafen, 2. Leibesstrafen, 3. Freiheitsstrafen, 4. Ehrenstrafen, 5. Vermögensstrafen.

Die Todesstrafe besteht entweder im Erhängen am Galgen, oder im Erschießen.

Leibesstrafen sind: Fasten, hartes Lager, körperliche Züchtigung und schwerere Arbeit.

Freiheitsstrafen sind: das Gefängniß in der Unterscheidung als Kerker und als Arrest, mit der weiteren Modifikation beider Gefängnißarten als Einzelnhaft und als einsamer Dunkelhaft; dann die Verweisung mit der weiteren Unterscheidung als Landesverweisung oder als Abschaffung aus einem Orte, Kronlande, sämmtlichen Kronländern des österreichischen Kaiserstaates; endlich die Stellung unter Polizeiaufsicht.

Ehrenstrafen sind theils der Verlust von Vorzügen in der sozialen oder politischen Stellung, theils Einschränkung der Dispositionsfähigkeit.

Vermögensstrafen äußern sich theils als Geldstrafen, theils als Verfall einzelner Vermögensgegenstände oder als Rechtsverlust.

Hievon sind Hauptstrafen, und zwar a) für Verbrechen: 1. der Tod, 2. die Kerkerstrafe (§. 12: „Die Strafe der Verbrechen ist der Tod des Verbrechers oder dessen Anhaltung im Kerker"); b) für Vergehen und Uebertretungen: 1. die Arreststrafe, 2. die Abschaffung aus einem Orte, aus einem Kronlande, aus allen Kronländern des österreichischen Kaiserstaates, 3. die körperliche Züchtigung, 4. die Vermögensstrafen (§. 240).

Alle hier nicht genannten sind Nebenstrafen, und zwar a) für Verbrechen: 1. Einzelnhaft, 2. einsame Dunkelhaft, 3. Fasten, 4. hartes Lager, 5. körperliche Züchtigung, 6. Landesverweisung, 7. alle Ehrenstrafen (die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen sind in den §§. 19—30 enthalten); b) für Vergehen und Uebertretungen: 1. Verbindung der für diese Gattung von strafbaren Handlungen gestatteten Strafarten (§. 250), 2. Einzelnhaft, 3. einsame Dunkelhaft, 4. körperliche Züchtigung, 5. schwere Arbeit, 6. Fasten, 7. hartes Lager (letztere sechs Verschärfungsarten nur als Verschärfungen des Arrestes, §§. 243—258).

ad 1. Die Todesstrafe (§. 13). Das österreichische Strafrecht kennt zwei Arten der Todesstrafe, eine ordentliche, im §. 13 statuirte, und eine außerordentliche.

Die erstere findet im ordentlichen Verfahren statt, und wird durch den Strang öffentlich vollzogen; die zweite greift im au-

außerordentlichen Verfahren Platz, und wird unter wenig geänderten Modalitäten ebenfalls durch den Strang vollzogen.

a) Die Todesstrafe des ordentlichen Verfahrens ist nach Vorschrift des §. 13 des St. G. B., dann des §. 323 der St. Pr. O. zu vollstrecken.

Die Vollstreckung von Todesurtheilen geschieht am Morgen des zweiten Tages nach demjenigen, an welchem dem Verurtheilten eröffnet worden ist, daß die Strafe wegen nicht eingetretener Begnadigung an ihm werde vollzogen werden. Ist die Verurtheilte im Zustande der Schwangerschaft, so ist die Vollstreckung (§. 319 St. Pr. O.) so lange zu verschieben, bis dieser Zustand aufgehört hat. Damit jedoch in der Zeit zwischen dem keinem weiteren Rechtszuge unterliegenden Urtheile und dem Vollzuge die Begnadigung eintreten könne, gibt die Strafprozeßordnung folgende Vorschriften. Es ist Hauptgrundsatz, daß jedes Todesurtheil dem Landesfürsten zur Bestätigung vorgelegt werden müsse. Wird also von dem Gerichtshofe auf Todesstrafe erkannt, so hat er unmittelbar nach geschöpftem Urtheile mit Zuziehung des Staatsanwaltes in Berathung zu nehmen, ob ihm der Verurtheilte einer Begnadigung würdig erscheine oder nicht, und welche Strafe im ersteren Falle statt der Todesstrafe angemessen wäre. Erst nachdem auch hierüber der Beschluß gefaßt wurde, ist das Urtheil mit der Bemerkung zu verkündigen, daß dasselbe dem Landesfürsten vorgelegt werden müsse. Doch ist der Angeklagte zu belehren, daß ihm gegen dieses Urtheil auch die Berufung offen stehe. Hierauf hat der Gerichtshof das Todesurtheil sammt dem oben erwähnten Gutachten, allen übrigen Vorakten, und in dem Falle, wenn gegen dieses Urtheil auch eine Berufung eingelegt wird, zugleich mit dieser an das Oberlandesgericht einzuschicken. Wird gegen mehrere Personen auf Todesstrafe erkannt, so ist in dem Urtheile auch die Ordnung festzusetzen, in welcher die Verurtheilten hingerichtet werden sollen (§. 293 St. Pr. O.). Das Todesurtheil muß daher in jedem Falle, es möge gegen dasselbe von wem immer eine Berufung eingelegt werden oder nicht, es mögen Gründe für die Begnadigung sprechen oder nicht, alle drei Instanzen durchlaufen und gelangt dann erst durch die Hände des Justizministers in jene des Landesfürsten (§§. 308, 309 und 310 der St. Pr. O.). Das Verfahren ist, es mag das unterrichterliche Todesurtheil entweder bestätigt oder in was immer für einem Punkte abgeändert worden sein, dasselbe. Während dieses Zuges bis zur Bestätigung ist es dem Verurtheilten oder seinen Angehörigen, Freunden oder wem immer gestattet, ein Begnadigungsgesuch

an Se. Majestät zu richten, ja es kann dies selbst nach der Eröffnung des rechtskräftigen Todesurtheiles geschehen, nur kann ein solches die Vollstreckung der Todesstrafe nicht mehr aufschieben (§. 323 der St. Pr. Odg.). Der §. 330 spricht zwar von Gefängnißsträflingen und der Anbringung ihrer Gesuche um Nachsicht oder Milderung ihrer Strafe, allein die Eingangsworte des Paragraphes: „Eine in dem Gesetze nicht vorbedachte Milderung oder Nachsicht der verwirkten Strafe steht nur dem Landesfürsten zu" — lauten ganz allgemein und müssen von jedem Gnadengesuche gelten; aber auch abgesehen von dieser Gesetzesstelle gälte unsere Ansicht [1]), weil das Anbringen von Gnadengesuchen nirgends verboten ist. Dieses bestätigt übrigens der §. 323 selbst in den Schlußworten des zweiten Absatzes, welche vom Begnadigungsgesuche eine Erwähnung thun, wie wir gleich anführen wollen. Die Vollziehung des Todesurtheils soll weder auf einen Sonn- oder Feiertag, noch auf einen solchen Tag fallen, welcher nach dem Religionsbekenntnisse des Verurtheilten ein Festtag ist. Nach der Verkündigung desselben hat das Strafgericht dem Verurtheilten einen Seelsorger seines Religionsbekenntnisses beizugeben, in so ferne er sich nicht selbst einen solchen wählt, und ihm nöthigenfalls zu bedeuten, daß weder seine Ablehnung der Vorbereitung zum Tode, noch ein von wem immer überreichtes Begnadigungsgesuch die Vollstreckung der Todesstrafe hemmen könne. Der Zutritt zu dem Verurtheilten ist nur seinen Angehörigen und denjenigen Personen zu gestatten, die er selbst zu sehen oder zu sprechen wünscht. Werden vor oder bei der Hinrichtung zu Gunsten des Verurtheilten milde Gaben, zu denen aber nie aufgefordert werden darf, verabreicht, so sind sie, wenn nicht die Geber selbst die Art der Verwendung ausdrücklich bestimmen, zur besseren Verpflegung des Verurtheilten in den letzten Tagen seines Lebens, dann zur Unterstützung seiner Familie, wenn sie dürftig und schuldlos ist, und außerdem zur Betheiligung der Ortsarmen oder zu anderen frommen Zwecken nach dem Ermessen des Strafgerichtes zu verwenden.

Der Verurtheilte ist in einem geschlossenen Wagen, wo ein solcher ohne Schwierigkeit beigeschafft werden kann, unter militärischer Bedeckung auf den Richtplatz zu führen. In dem Wagen haben außer dem Verurtheilten selbst noch der ihn begleitende Seelsorger und zwei Wachen Platz zu nehmen, und ein zweiter Wagen mit einem Mitgliede des Gerichtshofes in Begleitung einer zweiten Gerichtsperson hat demselben

[1]) Die Strafprozeß-Ordnung von 1850 schweigt auch in der That davon.

zu folgen. Diese Gerichtskommissäre haben auf dem Richtplatze ihren Standpunkt innerhalb der aufgestellten Militärmacht zu nehmen, den Verurtheilten dem Scharfrichter zu übergeben, über die Vollstreckung der Todesstrafe zu wachen und hierüber einen Bericht an das Strafgericht zu erstatten, der den Akten beizuschließen ist. Nach geschehener Vollstreckung ist eine kurze, in Druck gelegte Darstellung der That sammt dem Strafurtheile, in welchem aber (aus Schonung für die Familienangehörigen) der Geschlechtsname des Verurtheilten nur mit dem Anfangsbuchstaben bezeichnet werden darf, zu vertheilen. Der Körper des Hingerichteten ist bei einbrechender Nacht (nach der St. Pr. O. von 1850, drei Stunden nach der Hinrichtung, §. 470) durch den Scharfrichter von dem Strafgerüste abzunehmen und neben dem Richtplatze zu beerdigen, das Strafgerüste selbst aber unverzüglich wegzuräumen. Ist die Todesstrafe an Mehreren zu vollstrecken, so ist die Veranstaltung zu treffen, daß Keiner die Hinrichtung des Anderen sehen könne. Die Reihenfolge der Hinrichtung ist im Urtheile auszudrücken.

Auf Todesstrafe ist zu erkennen: 1. gegen Hochverrath (§. 59, lit. a. und b.), wenn Jemand etwas unternimmt, wodurch die Person des Kaisers an Körper, Gesundheit oder Freiheit verletzt oder gefährdet, oder eine Verhinderung der Ausübung seiner Regierungsrechte bewirkt werden soll (§. 58 lit. a.), wenn diese Handlungen auch ohne Erfolg geblieben sind, ferner gegen Urheber, Anstifter, Rädelsführer und alle diejenigen Personen, welche unmittelbar dazu mitgewirkt haben, was auf eine gewaltsame Veränderung der Regierungsform oder auf die Losreißung eines Theiles von dem einheitlichen Staatsverbande oder Länderumfange des Kaiserthums Oesterreich, oder auf die Herbeiführung oder Vergrößerung einer Gefahr für den Staat von außen ... ꝛc. (siehe §. 58 lit. b. und c.) angelegt wäre; 2. gegen öffentliche Gewaltthätigkeit durch boshafte Beschädigung eines fremden Eigenthums, wenn eine solche den Tod eines Menschen zur Folge hatte, und dieses von dem Thäter vorhergesehen werden konnte (§§. 85 und 86 Schlußsatz); 3. gegen öffentliche Gewaltthätigkeit durch boshafte Handlungen oder gefliſſentliche Außerachtlassungen der bei dem Betriebe von Eisenbahnen ꝛc. (siehe §. 85 lit. c.) obliegenden Verpflichtungen, wenn solche den Tod eines Menschen zur Folge hatten, und dieses von dem Thäter vorhergesehen werden konnte (§§. 87 und 88); 4. gegen vollbrachten Mord, und zwar sowohl an dem unmittelbaren Mörder, als an demjenigen, der ihn etwa dazu bestellt, oder unmittelbar bei der Vollziehung des Mordes selbst Hand angelegt oder auf eine

thätige Weise mitgewirkt hat (§. 136); 5. gegen räuberischen Todschlag, wenn bei Unternehmung eines Raubes ein Mensch auf eine so gewaltsame Art behandelt worden, daß daraus dessen Tod erfolgt ist, und zwar an allen denjenigen, welche zur Tödtung mitgewirkt haben (§. 141 mit Bezug auf §. 134); endlich 6. gegen Brandlegung, wenn das Feuer ausgebrochen und dadurch ein Mensch, da es von dem Brandleger vorhergesehen werden konnte, getödtet wird, oder wenn der Brand durch besondere auf Verheerungen gerichtete Zusammenrottung bewirkt worden ist (§. 167 lit. a.) [1]).

Betrachtet man diese sechs Fälle, worauf Todesstrafe gesetzt ist, an und für sich, so muß auch derjenige, welcher kein Anhänger der unbedingten Aufhebung der Todesstrafe ist, zugeben, daß dieselbe immer noch nicht auf die ärgsten Ausbrüche menschlicher Schlechtigkeit eingeschränkt wurde. Der Hauptgrund, worauf sich die Vertheidiger der Todesstrafe — auch für Oesterreich's diesfällige Verfügungen [2]) — stützen, daß nämlich aus dem Standpunkte der Idee der Gerechtigkeit keinem Verbrecher Unrecht widerfahre, der für eine mit selbstbestimmtem Willen begangene Rechtsverletzung als Strafe ein solches Uebel erfahre, welches der objektiven Größe der rechtsverletzenden That und dem Grade seines subjektiven Verschuldens vollkommen adäquat, d. h. in jeglicher Beziehung nur gerechte Vergeltung ist, reicht eben für alle aufgezählten sechs Fälle nicht aus, weil man den Tod nur dann für eine gerechte Vergeltung ansehen muß, wenn der Verbrecher den Tod seines Opfers in seinem bösen Vorsatze direkt oder unmittelbar aufgenommen hat. Wenn man also auch, gestützt auf die gerechte Vergeltung, die Todesstrafe beibehalten will, so sieht man, daß selbst darauf hin noch immer Raum für die Einschränkung vorhanden sei, und daß die Wissenschaft, mit guten Gründen versehen, mit dieser praktischen Forderung an die Gesetzgebung herantreten darf und wird. Aber ehe man noch in merito der Sache mit rationellen nur der Wissenschaft angehörigen

---

[1]) Wenn der Thäter zur Zeit der That noch nicht zwanzig Jahre alt war (§. 52 St. G. und §. 285 St. Pr. O.); wenn seit der That zwanzig Jahre unter den Bedingungen der Verjährung verstrichen sind (§. 231 St. G.); wenn ferner die That nicht durch das Geständniß des Beschuldigten oder durch beschworene Zeugenaussagen erwiesen, und der Thatbestand nicht vollkommen nach allen erheblichen Umständen erwiesen ist (§. 284 St. Pr. O.); endlich im Falle einer wiederaufgenommenen Untersuchung, wenn der Verurtheilte die früher verhängte (natürlich Kerkerstrafe) bereits ganz oder zum Theile ausgestanden hätte, darf auf Todesstrafe nicht mehr erkannt werden.

[2]) Siehe v. Hye: Das österreichische Strafgesetz, S. 38.

Gründen für die Einschränkung einsteht, was wir uns auf später aufheben wollen, fällt ein aus der Hermeneutik durch weiteren Schluß hergeleiteter Grund auffällig unter die Augen. Vergleicht man nämlich unser jetziges Gesetz mit dem früheren, so merkt man zum Vortheile des ersteren, daß die Todesstrafe um drei Fälle eingeschränkt worden sei. Der erste und gewichtigste betrifft den Hochverrath, welcher an jedem unmittelbaren Thäter mit dem Tode bestraft wurde (§§. 52 und und 53), während er nach dem neuen Gesetze nur auf die gefährlichsten Thätigkeiten eingeschränkt worden ist. Nach dem zweiten Falle wird die Nachahmung der öffentlichen Kreditspapiere sowohl an dem unmittelbaren Thäter, als an jedem Mitschuldigen mit dem Tode bestraft (§§. 92, 93 u. 94). Der dritte Fall liegt in den Worten des §. 148 lit. a.: „wenn der wirklich ausgebrochene Brand zu wiederholten Malen gelegt wurde," welche in das neue Gesetz nicht aufgenommen wurden, und die wiederholte Brandlegung mit wenigstens einmaligem Ausbruche in sich begreifen.

Für diese drei Fälle wurde die Todesstrafe aufgehoben. Frägt man sich nun: Warum? so liegt in der Antwort der strafpolitische Grund, eine noch weitere Einschränkung zu fordern. Man wird sagen: theils, weil die Todesstrafe für diese Verbrechen zu streng ist (scilicet scheint), theils weil man nur den bewirkten Tod wieder mit Tod bestrafen wollte. Was den ersten Grund anbetrifft, so ist es ganz richtig, daß das absolute Verhältniß zwischen einem bestimmten Verbrechen und seiner bestimmten Strafe nur auf dem Gerechtigkeitsgefühle ruht und nicht auf einem logisch berechnendem Schlusse; man kann nicht logisch deduziren und beweisen, daß auf ein gewisses Verbrechen gerade nur zwanzig Jahre Kerker die gerechte Strafe sein, und weder fünfzehn noch fünfundzwanzig Jahre, weil dem gerechtfühlenden Gesetzgeber eben nur diese absolute Größe der Strafe oder dieser dem Richter gestattete Spielraum zwischen Minimum und Maximum als das richtigste Maß erscheint. So also schien dem Gesetzgeber in Anbetracht der Gefährlichkeit gerade nur der Tod die gerechte Strafe für den Hochverrath [1]). Nun aber findet er diese Strafe für die entfernteren Mitwirkungsarten aufzuheben und nur auf den schweren Kerker zu belassen. Warum ging er in seiner Milde gerade nur so weit, warum nicht noch weiter, warum

[1]) Wir denken hier nur an die hochverrätherischen Angriffe gegen den politischen Bestand, nicht an die Angriffe gegen die Person des Landesfürsten, welche wir hiemit ausschließen.

nicht weniger weit? Daß das Verbrechen des Hochverrathes im Abnehmen begriffen sei, kann der Grund nicht sein, denn die Erfahrung und die Geschichte beweisen, daß die Häufigkeit dieses Verbrechens mit der politischen Geschichte des Landes im innigsten Zusammenhange stehe, und noch nie von der Strenge der angedrohten Strafen abgehangen habe; auch müßte man dann konsequenterweise die Strafe für alle Fälle desselben Verbrechens um einen Grad herabsetzen; dieser Grund ist es also nicht, es ist kein anderer, als das Gefühl der Milde, der strengen aber doch liebenden Gerechtigkeit. Mit der zunehmenden Kultur der Menschen und der erhöhteren sittlichen Empfindlichkeit werden auch die Strafen relativ empfindlicher, und das läßt sie stufenweise immer strenger scheinen. Von daher kommt das Motiv ihrer Milderung.

Hier ist es also, wo die Strafpolitik der Gesetzgebung zuspricht, daß die Strafe (immer abgesehen von den höheren theoretischen Gründen) in Anbetracht unserer stets vorschreitenden staatlichen Zustände, namentlich unserer Ansichten über Rede- und Schreibefreiheit, über persönliche und konstitutionelle Freiheit u. dergl. auch für die schwereren Verbrechen des Hochverrathes noch zu strenge sei, und ihn zu bewegen sucht, dieses *Scheinen* auch zu dem seinigen zu machen. — Also keine Reform von einem neuen Prinzipe aus, sondern nur um einen Schritt weiter, als bereits geschehen ist.

Beruft man sich aber auf die Vergeltung des Todes durch den Tod, nun so kommt wieder der Hochverrath in die erste Reihe, der nicht immer den Tod im Schilde und nicht immer im Gefolge führt, dies um so mehr, als der Tod auch dann gedroht ist, wenn die hochverrätherische Handlung *ohne Erfolg* geblieben ist, eben so im Falle der Brandlegung, wenn diese nur eine auf Verheerungen, also nicht auf Tod gerichtete Zusammenrottung bewirken sollte. Aber die Wissenschaft, die nur Gerechtigkeit will, muß noch weiter gehen und behaupten, daß Niemand für mehr bestraft werden darf, als er verschuldet hat. Hat nun Jemand eine gewaltthätige Handlung am fremden Eigenthume begangen, innerhalb deren der Tod nicht beabsichtigt war, sondern im Gefolge derselben, wenn auch culpos, hinzukam, so ist die Todesstrafe keine *gerechte* Vergeltung mehr, weil überhaupt die Vergeltung selbst über das Ziel hinausgeschossen hat. Also auch vom Standpunkte dieser Talion läßt sich die Todesstrafe für diese Fälle nicht erklären, geschweige denn rechtfertigen.

Wir glauben, vor der Hand bewiesen zu haben, daß der Weg zu noch weiteren Milderungen noch nicht ganz zurückgelegt, daß der Grundsatz,

aus deſſen Schooße ſie entſprungen, noch nicht völlig erſchöpft, das Thor noch nicht verſperrt ſei, daß daher auch weitere Milderungen eine gerechte Forderung der Jetztzeit ſeien, weil der Grund, d. i. die Milde, welcher für die eine Hälfte maßgebend war, es mit ganz derſelben Stichhältigkeit auch für die andere ſei. Weil kein Grund weder für das Stehenbleiben und noch weniger für das Zurückgehen in der Milde vorhanden iſt, muß in ihr fortgeſchritten werden, denn ſie iſt praktiſche Pflicht.

Wenn man alſo ſelbſt die bisher für die Beibehaltung der Todesſtrafe geltend gemachten Gründe ganz unberührt daſtehen läßt, ſo ergeben ſich ſchon aus ihnen Forderungen für Milderung, oder anders, es ergibt ſich, daß dieſer Grundſatz ſelbſt im neuen Geſetze noch nicht mit aller Konſequenz durchgeführt wurde. Es ergibt ſich namentlich die Forderung, daß nach obigem Prinzipe der Tod nur dann gedroht werden ſollte, wenn er auch in der Abſicht des Verbrechers lag, und zweitens nur in jenen Fällen, wo die ſtrafbare Handlung von dem tödtlichen Erfolge begleitet war. Immer alſo werden noch Fälle genug übrig bleiben, gegen deren Erfolg die Todesſtrafe angedroht werden kann, für den Fall, als ſich der Geſetzgeber nicht entſchließen könnte, von dieſer Strafart gänzlich zu laſſen, ſo daß im Falle einer erneuerten Reviſion unſeres Strafgeſetzes folgender Vorſchlag zugleich als Mittelweg zwiſchen dem konſervativen Feſthalten einerſeits, wie der gänzlichen Abolition andererſeits für praktiſch anempfohlen werden könnte.

Die Todesſtrafe wird auf folgende Fälle eingeſchränkt: 1. Auf Hochverrath, wenn Jemand etwas unternimmt, wodurch die Perſon des Kaiſers an Körper oder Geſundheit verletzt oder gefährdet worden iſt; 2. auf alle Arten des vollbrachten Mordes, mit Ausnahme des Kindesmordes.

b) Im außerordentlichen Verfahren wird die Todesſtrafe für zwei Gruppen von Fällen angedroht: α) im Falle des Standrechtes, und β) in einigen der Militärgerichtsbarkeit überlaſſenen Fällen.

Das ſtandrechtliche Verfahren kann ſtattfinden, wenn entweder hochverrätheriſche Umtriebe in beſonders gefahrdrohender Weiſe ſich offenbaren, oder wenn Aufruhr ausgebrochen iſt, oder auszubrechen droht. Dasſelbe kann aber auch dann angeordnet werden, wenn in einem oder mehreren Bezirken Mord, Raub, Brandlegung oder öffentliche Gewaltthätigkeit durch Zerſtörung fremden Eigenthumes um ſich greifen (§§. 396 und 397 der Strafprozeß-Ord-

nung)[1]). Die Todesart ist nach der Regel der Strang. Die Todesstrafe ist in der Regel zwei Stunden nach der Verkündigung des Urtheils zu vollziehen; nur auf ausdrückliche Bitte des Verurtheilten kann demselben noch eine dritte Stunde zu seiner Vorbereitung auf den Tod gestattet werden.

Die Militärgerichtsbarkeit kann in zwei Fällen eintreten, entweder in den durch das Gesetz besonders ausgezeichneten Fällen, oder dann, wenn für die mit Todesstrafe überhaupt bedrohten Verbrechen die außerordentliche Strafgerichtsbarkeit der Militärgerichte eintritt. Rücksichtlich des ersteren Punktes bestimmen die §§. 67, 92 und 222 des Strafgesetzes, daß die Verbrechen der Ausspähung (Spionerie), der unbefugten Werbung, der Verleitung eines Soldaten zur Verletzung militärischer Dienstpflicht und Hilfeleistung zu militärischen Verbrechen nach den hierüber bestehenden besonderen Vorschriften von den Militärgerichten untersucht und unter gewissen Voraussetzungen (siehe Patent vom 10. Okt. 1821, §§. 2, 3, 6, 10 und 13, dann Patent vom 6. Mai 1852, §. 4) mit dem Tode bestraft werden. Einen weiteren Fall enthält das Patent vom 21. Mai, §. 12, und die Verordnung vom 10. Nov. 1853 im §. 12, wegen Vergehen gegen die Pestanstalten, wo dann, wenn der engste Pestkordon gezogen und das Standrecht kundgemacht worden ist, rücksichtlich aller Kontumaz-Uebertreter die Militärgerichtsbarkeit (siehe Allerhöchste Entschließung vom 27. Juni 1834) den Tod durch Erschießen zu verhängen hat. Rücksichtlich des zweiten Punktes wird auf Todesstrafe erkannt, wenn sie überhaupt nach dem Gesetze angedroht ist. Der Unterschied liegt dann nur in der veränderten Gerichtsbarkeit, nicht in einer besonderen Auszeichnung der Fälle. Die Todesart ist das Erschießen oder Erhängen. Ersteres ist bestimmt angeordnet im §. 4 des Patentes vom 6. Mai 1852 wegen Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflicht (Verleitung zum Treubruche) und im §. 12 des Patentes vom 21. Mai 1805 wegen Vergehen gegen Postanstalten; in den übrigen Fällen lautet das Urtheil des Militärgerichtes auf Tod durch Pulver und Blei, oder es wird die Galgenstrafe im Wege der Gnade (?) in Strafe durch Pulver und Blei verwandelt.

---

[1]) Nur wenn bereits durch Vollziehung der Todesstrafe an Einem oder Mehreren der Schuldigsten das zur Herstellung der Ruhe nöthige abschreckende Beispiel gegeben ist, kann das Standgericht gegen minder Betheiligte (?) auf schweren Kerker von fünf bis zwanzig Jahre erkennen (§. 410 St. Pr. O.).

ad 2. Die Leibesstrafen des österreichischen Strafgesetzes können nur als Nebenstrafen verhängt werden, mit Ausnahme der körperlichen Züchtigung, welche unter den gesetzlichen Voraussetzungen auch Hauptstrafe sein kann.

Leibesstrafen sind solche, welche vorwiegend den physischen Bestandtheil des Menschen in seiner Existenzbedingung angreifen, also den Leib in seiner natürlichen Normalität auf irgend eine Weise einschränken. Die Folgen solcher Einwirkungen müssen, da sie gegen die Lebensbedingungen gerichtet sind, auf dieselben aufhebend, also auf das physische Leben vernichtend wirken. Das thun sie auch. Die Vernichtung vollendet sich aber nur unter Voraussetzung eines gewissen Maßes dieser konträren Einwirkungen. Sollen also die Verschärfungen einen logischen Sinn haben, so dürfen sie dieses Maß nie erreichen, ja nicht genug, sie müssen tief unter jenem Nullpunkte stehen, wenn sie überhaupt nicht grausam werden wollen. Das bleibt gewiß, daß sie ein gefährliches Strafwerkzeug in der Hand des seiner Willkür überlassenen Richters sind, eben darum, weil sie den Menschen in den Voraussetzungen seiner irdischen, daher auch seiner moralischen Existenz angreifen, und man kann ihre Anwendung vom Standpunkte der Humanität (nicht der Theorie, deren Aussprüche wir uns auf später aufsparen) nicht anders gut heißen, als wenn die richterliche Willkür bei ihrer Anwendung nach allen ihren Seiten vorsichtig eingeschränkt wird. So wie man in der Ausmessung der Freiheitsstrafen und deren Rechtsfolgen, dann in der der Geldstrafen die größtmögliche Freiheit für den Richter beanspruchen muß; eben so muß man hier die größtmöglichste Einschränkung fordern. Ehedem war die Willkür der Richter in der That eine schrankenlose, und dem entsprechend die Justiz eine despotisch-grausame; nachher versprachen die Gesetzgeber, die richterliche Willkür in gemessenere Schranken zu weisen, wie wir oben bei Schilderung des Gesetzes von 1787 u. 1803 gesehen haben; zuletzt noch spricht sich der Abs. I. des Kundmachungs-Patentes von 1852 in derselben Weise dahin aus, und der §. 32 des neuen Gesetzbuches erläßt für die Ausmessung der Strafe eine strenge Regel; dennoch aber erscheint uns dieser Grundsatz gerade in dem gefährlichsten Theile des Strafsystemes, nämlich bei den Leibesstrafen, nicht in allen ihren Arten gehörig gewahrt.

Das Fasten (I. §§. 19 und 20, II. §§. 253 und 254) dient sowohl als Verschärfung der Kerker-, wie auch der Arreststrafe. Im ersten Falle kann sowohl der erste als zweite Grad so verschärft werden, daß der Sträfling an einigen Tagen nur bei Wasser und Brot

gehalten werde; doch soll dieses wöchentlich nicht über dreimal, und nur in unterbrochenen Tagen geschehen. Im zweiten Falle besteht die Schärfung des ersten Arrestgrades darin, daß der Sträfling auf die Kost beschränkt wird, welche bei dem Arreste zweiten Grades im §. 245 vorgeschrieben ist. Letzterer Paragraph gibt keinen Aufschluß, sondern verweist selbst wieder auf die darüber bestehenden oder noch zu erlassenden besonderen Vorschriften. Es bestehen nun allerdings Vorschriften über die Verpflegung der Sträflinge, aber sie sind zumeist nur in den einzelnen Kronländern, ja sogar in einzelnen Strafanstalten geltend, ein allgemeines Gesetz steht noch zu erwarten. Wir haben es hier freilich nur mit Arrestanten und nicht auch mit Kerkersträflingen zu thun, für welche Erstere ein allgemeines Gesetz, nämlich die Verordnung des Justizministeriums v. 16. Juni 1854 eine ausgiebige Quelle ist; dennoch glauben wir, daß man diese Frage nur im Zusammenhalte mit diesen einzelnen Bestimmungen befriedigend erschöpfen könnte[1]). Das dritte Hauptstück der zitirten Verordnung gibt nun Bestimmungen über die Einrichtung der Gefangenhäuser und die Behandlung der Gefangenen. Dieses Gesetz begreift aber darunter nur die bei den Strafgerichten detinirten Untersuchungsgefangenen und solche Sträflinge, deren Strafe nicht über ein Jahr zu dauern hat, also sowohl Arrestanten, als Kerkersträflinge. Hier gibt aber der §. 81 wieder nur ganz allgemeine unbefriedigende Auskunft und verweist abermals auf die hierüber bestehenden Vorschriften; überdies spricht der Paragraph nur von Untersuchungsgefangenen; dennoch aber muß er analog auch von den Sträflingen gelten, weil sich das Gesetz auch auf diese bezieht. Er lautet: „Mittellosen Gefangenen ist eine einfache, jedoch gesunde Nahrung und die nöthige Kleidung und Wäsche mit Beobachtung der besonderen hierüber bestehenden Vorschriften auf Kosten des Staates zu geben[2]). Indessen

---

[1]) Siehe daher Maucher, system. Handbuch des österreichischen Strafgesetzes, und v. Hye: Zusammenstellung von Supplementen zum I. Theil des Strafgesetzbuches vom Jahre 1803, Nr. 1—14.

[2]) Möge dieses Beispiel darauf aufmerksam machen, mit welcher Unzweckmäßigkeit, jede Uebersichtlichkeit aufhebenden und das Studium hemmenden Methode unsere Gesetze ineinandergreifen. Der Studirende, welcher sich hier Licht verschaffen will, wandert, durch den Wortlaut des Gesetzes instradirt, von Paragraph zu Paragraph, von Verordnung zu Verordnung, immer in der Hoffnung, endlich Aufklärung zu erlangen, um immer mit ungesättigter Forschbegier und getäuscht wieder weiter verwiesen zu werden; endlich schließen ihm die besonderen Vorschriften die Thür zur weiteren Forschung ab, und er steht gerade so unbefriedigt da wie am Anfang. (Siehe den Aufsatz: Ueber Gesetzreform, Haimerl's Viertelsschrft., Bd. VIII., S. 93.)

sind noch unter dem 15. Juni 1856 und 20. Oktober 1856 Justizministerial-Erläße erschienen, die sich auf diesen Punkt beziehen, doch aber nur provisorisch (bis auf weitere Verfügung) lauten, und die Oberlandesgerichte anweisen, die Gattung und Menge des Brotes, womit denjenigen Untersuchungsgefangenen, welche sich nicht nach Vorschrift der §§. 165 und 421 St. Pr. O. und §. 80 Strafgesetz-Instruktion ihre Verpflegung selbst verschaffen, und diejenigen Sträflinge, welche ihre Strafe bei den Gerichten zu bestehen haben, täglich zu betheilen sind, selbst festzusetzen, und bei dieser Bestimmung auf die besonderen Verhältnisse und Lebensgewohnheiten, dann auf die Verschiedenheit des Alters, des Geschechtes, der sonstigen körperlichen Beschaffenheit und die übrige Verpflegung gehörigen Bedacht zu nehmen, auch nöthigenfalls vor der Bestimmung das Gutachten der Aerzte einzuholen. Hierbei ist jedoch, so ferne nicht besondere Umstände Abweichungen nothwendig machen, für den ganzen Sprengel jedes Oberlandesgerichtes ein möglichst gleichförmiger Maßstab festzusetzen und darauf zu sehen, daß die übrige Verpflegung der Sträflinge und Untersuchungsgefangenen genau nach den gesetzlichen Vorschriften eingerichtet, daher denselben in der Regel täglich wenigstens einmal eine warme Speise und wenigstens einmal in der Woche Fleischbrühe und mindestens ¼ Pfund Fleisch verabreicht werde, welche zufolge des zweiten oben angeführten Erlasses nach dem Wiener Gewichte, in gekochtem Zustande und ohne Knochen zu verstehen ist.

In diesen letzten Worten liegt denn endlich die Bestimmung, wie es mit der Nahrung der Arrestanten zweiten Grades, und daher auch mit der Fastenverschärfung der Arrestanten des ersten Grades zu halten sei. Bei Fastenverschärfung des Arrestes des zweiten Grades ist der Sträfling an einigen Tagen blos auf Brot und Wasser einzuschränken; doch soll dies nicht über zweimal in der Woche geschehen.

Die Verschärfung durch Anweisung eines harten Lagers besteht in der Beschränkung des Sträflings auf bloße Bretter, dieselbe darf jedoch als Verschärfung der Kerkerstrafe nicht öfter als dreimal, und als Verschärfung des Arrestes nicht öfter als zweimal in der Woche (sic das Gesetz; richtiger: in einem Zeitraume von sieben Tagen) an ununterbrochenen Tagen[1]) stattfinden (§. 21 I. Thl., u. §. 255 II. Theil).

[1]) Daß auch der §. 255 des II. Thls die Unterbrechung anordnet wie der §. 21 des I. Thls., wenn auch die Worte „an unterbrochenen Tagen" nicht wieder-

Der wundeste Fleck des ganzen österreichischen Strafsystemes ist die Prügelstrafe. Man unterscheidet die körperliche Züchtigung als Haupt- und als Nebenstrafe; letztere wieder in Verschärfung der Kerker- und dann der Arreststrafe (§§. 248 und 258 II. Theil, dann §. 24 I. Theil), endlich als Disziplinarstrafe.

Die Geschichte dieses Strafmittels haben wir schon weiter oben niedergelegt. Vergleichen wir nun ihre frühere Anwendung mit der jetzigen, so läßt sich nicht leugnen, daß zwischen Ehemals und Jetzt ein weitmächtiger Unterschied zum Vortheile des jetzigen Strafgesetzes, ein ungemeiner Fortschritt zum Besseren besteht. Gerade das ist ein hoffnungsreiches Zeichen für noch weitere Einschränkungen, ja für die gänzliche Aufhebung derselben. Hat man einmal darin schon Fortschritte gemacht, so ist der Grundsatz des Fortschrittes schon gegeben, es handelt sich dann nur um das: Wie weit?

Als Hauptstrafe kann die körperliche Züchtigung angewendet werden: 1. nur gegen Vergehen und Uebertretungen, 2. nur in Stellvertretung der Arreststrafe, 3. nur in jenen Fällen, in welchen die Arreststrafe höchstens auf dreißig Tage bemessen wurde (§. 260, letzter Satz) [1]). Da das zulässige Maximum der körperlichen Züchtigung zwanzig Streiche beträgt, und eine höchstens dreißigtägige Arreststrafe in körperliche Züchtigung verwandelt werden kann, so läßt sich hieraus auf das Aequivalent schließen, welches das Gesetz zwischen beiden Strafmitteln gelten lassen will; es gleichen dann dreißig Tage Arrest zwanzig Streichen, oder drei Tage Arrest sind gleich zwei Streichen; 4. nur in folgenden Fällen kann diese Stellvertretungsstrafe stattfinden: wenn Unmündige

---

holt sind, ergibt der einfache Schluß, daß die homogene Verschärfung der Arreststrafe in ihrer Qualität strenger wäre, als dieselbe Verschärfung der Kerkerstrafe, und daß sich der § 255 ausdrücklich auf §. 21 bezieht. Es ist daher nicht gestattet, die zwei Fastentage der Arreststrafe ununterbrochen nacheinander folgen zu lassen.

[1]) Als Erläuterung zu diesem Paragraphe wie zu dem §. 258 erfloß unter dem 20. Juni 1856 eine Justizministerial-Verordnung folgenden Inhaltes: a) Die Stellvertretung der Arreststrafe durch die körperliche Züchtigung findet, den Vorschriften des §. 260 lit. b des St. G. B. gemäß, nur auf solche Weise statt, daß in den Fällen, in welchen die Arreststrafe höchstens auf dreißig Tage bemessen wurde, diese Strafe durch die an ihre Stelle tretende körperliche Züchtigung zugleich ersetzt werde. Eine Anwendung der körperlichen Züchtigung neben der Arreststrafe ist daher dem §. 258 des St. G. B. zufolge nur als Verschärfung gegen Rückfällige zulässig; b) auch als Verschärfung gegen Rückfällige kann die körperliche Züchtigung nur unter den im §. 248 vorgeschriebenen Beschränkungen, daher nur im Falle einer derjenigen strafbaren Handlungen in Anwendung gebracht werden, welche im §. 248 ausdrücklich aufgezählt sind.

strafbare Handlungen begehen, welche nach ihrer Eigenschaft Verbrechen wären (§. 270); wenn sich Jemand des Vergehens des Auflaufs durch Aufforderung zur Mithilfe oder zur Widersetzung eben so wie durch Folgeleistung einer solchen Aufforderung schuldig macht (§§. 279 und 280); eben so wer der durch den Beamten oder die Wache geschehenen Aufforderung zum Auseinandergehen nicht Folge leistet und sich hiedurch des Vergehens des Auflaufs schuldig gemacht hat (§. 283); wenn Jemand die im §. 68 genannten Personen wörtlich oder thätlich beleidigt (§. 312); wenn Jemand Patente, Verordnungen, Siegel der Staats- oder Gemeindebehörden oder von der Obrigkeit unterfertigte Urkunden abreißt, hinwegnimmt, zerreißt, besudelt oder auf andere Art verletzt (§. 315); wer Brücken, Schleußen, Dämme ꝛc. so wie die im §. 85 lit. c. erwähnten Gegenstände oder den Staats-Telegrafen beschädigt oder muthwillig verletzt (§. 318); wer Hausthiere hetzt oder reizt und hiedurch Jemanden eine Beschädigung zufügt (§. 392); wer Brunnen, Zisternen ꝛc. verunreinigt (§. 398); im Falle vorsätzlicher und bei Raufhändeln vorkommender körperlicher Beschädigungen (§. 411); gegen Kutscher oder Knechte wegen schnellen Fahrens und Reitens (§. 428) und Stehenlassens der Pferde im Freien ohne Aufsicht (§. 430); gegen Betretung feuergefährlicher Orte mit offenem Lichte (§§. 449 und 450); Tabakrauchen in feuergefährlichen Orten (§. 452); gegen Vernachlässigung eines auf freiem Felde oder in der Nähe von Scheuern, Schobern ꝛc. aufgemachten Feuers (§. 453); eben so gegen Handlungen oder Unterlassungen, woraus sonst Feuersgefahr sich besorgen läßt (§. 459); gegen Diebstähle minderer Art (§. 460); gegen mindere Veruntreuungen und Betrügereien (§. 461) und Theilnehmung an Diebstählen und Veruntreuungen (§. 465); gegen Gewerbsdiener, Handwerksgesellen oder Dienstpersonen, welche ohne Vorwissen ihres Herrn Dietriche verfertigen, nicht gehörig verwahren, kaufen, verkaufen ꝛc. (§. 470); gegen Verabredung von Arbeitern, um höheren Lohn ꝛc. zu erzwingen (§. 481); gegen Kuppelei (§. 512); gegen Unterschleif zur Unzucht von Seite der Gast- oder Schankwirthe und ihrer Dienstleute (§. 515); gegen Herleihen der Kinder zum Betteln (§. 521); gegen eingealterte Trunkenheit (§. 524); endlich

dann, wenn Fälle, die sonst der häuslichen Zucht unterliegen, zu Uebertretungen gegen die öffentliche Sittlichkeit werden (§. 525); 5. ausschließlich nur bei Dienstboten, Handwerksgesellen, Lehrjungen und solchen Personen, die ihren Unterhalt in Tag- und Wochenlohn erwerben, denen also ein Arrest auch nur von wenigen Tagen an ihrem Erwerbe oder an dem Unterhalte ihrer Angehörigen Schaden bringen würde; 6. es muß ihr die Erklärung des Arztes, daß sie dem Gesundheitszustande des Sträflings unnachtheilig sei, vorausgehen; 7. sie darf während der Strafdauer nicht öfter als Einmal, und 8. nie öffentlich vollzogen werden; 9. das Maximum besteht in zwanzig Streichen, welche 10. bei Jünglingen unter achtzehn Jahren und bei Frauenspersonen mit Ruthen, bei erwachsenen Personen männlichen Geschlechtes jedoch mit dem Stocke ertheilt werden.

Es soll also nochmal zugestanden werden, daß die Anwendung dieser Strafe im Vergleiche mit früher bedeutend eingeschränkt worden sei; allein abgesehen von den Gründen, welche die Wissenschaft gegen die Wesenheit der Strafe selbst einwendet, und deren Erwähnung wir uns bis auf Weiteres aufsparen, gibt es Vorwürfe an das Gesetz, welche klar nachweisen, daß dasselbe bei Anwendung der körperlichen Züchtigung durchaus nicht von einem rationellen Grunde ausgeht, welche dieselbe rechtfertigen würde, sondern daß diese Verfügung rein in der Luft schwebt, und der Gesetzgeber blos dem Andrängen engherziger Rathgeber, der eingewurzelten Gewohnheit zu prügeln nachgegeben hat. Es ist in der That nichts Weiteres nöthig, als die Einsicht von dieser Grundlosigkeit, um sich zur Abschaffung eines Institutes zu entschließen, das aus Rohheit und Beleidigung der mit der Prügelstrafe bedrohten Klasse, und mit diesem des ganzen kultivirten, human fühlenden Volkes zusammengesetzt ist. Doch übergehen wir zu dem Nachweise dieser Behauptungen.

Forscht man nach der ratio legis des §. 248, so findet man, daß der Gesetzgeber auf eine möglichst kurze, dennoch aber im Vergleich zur strafbaren Handlung empfindliche Weise die gerechte Bestrafung zu Ende führen wollte, damit der Sträfling so kurz als möglich vom Broterwerbe und den Seinigen, die er zu ernähren hat, abgehalten werde, da ihn das Gegentheil allzu empfindlich treffen würde. Durch diese ratio hat der Gesetzgeber eingestanden, daß die körperliche Züchtigung aus inneren, auf die Besserung des Individuums abzielenden Gründen und aus ihrem unwürdigen Verhältnisse zur menschlich-sittlichen Wesenheit so viel als nur irgend möglich eingeschränkt, wenn möglich also aufgehoben werden

müsse. Denn wenn der Gesetzgeber letztere Rücksicht nicht zugibt, sondern behauptet, daß diese Strafart selbst aus inneren Gründen stichhältig sei, so läßt sich nicht einsehen, warum sie auf gewisse Klassen von Uebertretern eingeschränkt bleiben solle? Ist die körperliche Züchtigung schon in sich zweckmäßig und gerechtfertigt, so muß man ihr die größtmöglichste Ausdehnung verschaffen, man prügle also so viel und so Viele, als sich überhaupt abprügeln läßt. Wer kann behaupten, daß nur Dienstboten ꝛc. der Verlust auch nur eines Tages schwer falle? Dieser Verlust fällt im Gegentheile jedem Geschäftsmanne, und gar empfindlich schwer, warum soll man also nicht Jedem, wo es immer nur angeht, die Zeit ersparen und ihn prügeln statt arrestiren, damit würde noch weit mehr erspart als Zeit. Da nun das Gesetz die Tendenz hat, diese Strafe, so viel es nur immer geht, einzuschränken, ja aufzuheben, so hat sie diese Strafart selbst verdammt, und das ist ein unschätzbarer Vortheil, denn die äußeren Gründe, welche sie noch zur Beibehaltung bewogen haben konnten, lassen sich ja hinwegräumen. Es wäre wahrlich lächerlich, wenn man in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts noch von Mangel an Gefängnißhäusern, von der Unmöglichkeit, unbändige Sträflinge zähmen zu können und dergl. reden wollte. Damit allein ist diese Strafart schon gerichtet, und die Wissenschaft braucht der Praktik nur die Mittel anzugeben, welche dasselbe bewirken. Solcher Mittel gibt es, ja sie sind noch wirksamer, empfindlicher als die körperliche Züchtigung, ohne doch die sittenvernichtende Eigenschaft dieser an sich zu haben, wie wir seiner Zeit näher sagen wollen. Sobald sie angegeben sind, hat das Gesetz keinen Grund mehr für die Beibehaltung, und wenn dasselbe die Einschränkung wegen der inneren Qualität vorgenommen hat, so ist die Strafe im Prinzipe schon aufgehoben. Wenn es dann entweder eine besondere Verordnung oder die Revision des Gesetzes nicht auch de lege redacta thut, so hat es sich selbst dementirt und blosgestellt, den humanen Grundsatz nur geheuchelt und die Einschränkung blos auf das Drängen des Zeitgeistes vorgenommen. Zur Ehre des österreichischen Gesetzes behaupten wir, daß die Gründe für die Einschränkung innere waren, und daß hiemit schon für die Zukunft das Todesurtheil der Prügelstrafe ausgesprochen ist.

Das Gesetz gesteht also selbst zu, daß die körperliche Züchtigung ihre vernichtenden Eigenschaften immer, auch dieser Klasse von Personen gegenüber beibehält, welche im §. 248 gemeint ist, und gesteht das gleichsam mit blutendem Herzen und trüben Blicke zu und meint, daß die sittliche Seite derselben bei dieser Klasse von Menschen wohl

am wenigsten angegriffen werde. Dieser letztere Grund muß im Namen der Humanität und Wahrheit auf das Entschiedenste zurückgewiesen werden. Das Studium unserer gesellschaftlichen Zustände beweiset, daß Korn und Spreu in allen Ständen gleich vertheilt sind, daß sich das Ehrgefühl nicht für gewisse Klassen vindiziren läßt, und daß, wenn der §. 248 seine Leute hätte aussuchen wollen, er in allen Ständen hätte Nachfrage halten müssen. Es gibt unter Dienstboten ꝛc. eben so viele ehrbare Staatsbürger wie anderswo, und gerade hier ist es von größter Gefahr, die meist jungen Leute oft nur wegen aus Unbesonnenheit begangenen Handlungen für's Leben zu brandmarken. Kein menschlich Fühlender wird es wagen, der dienenden Klasse eine solche, in jeder Beziehung ungerechtfertigte Zumuthung, eine so unmotivirte Beleidigung entgegenzuschleudern; zugestanden auch, daß die dienende und um Taglohn arbeitende Klasse etwa ein größeres Kontingent verächtlicher Individuen liefert, so ist die Prügelstrafe verwerflich, wenn auch nur ein einziges, sittlich-empfindliches Individuum darunter wäre. Dieß ist gewiß der Fall, und doch lautet die gesetzliche Gestattung der Prügelstrafe allgemein für die ganze Klasse. Zwar ist kein Richter gezwungen, diese Strafart in Stellvertretung des Arrestes eintreten zu lassen, wenn er bemerkt, daß sie den Sträfling in seinem Gefühle verletzt, denn der §. 248 sagt: Als Hauptstrafe kann ..., aber darin liegt ja eben der Vorwurf, daß der Richter kann, worin liegt da die Garantie gegen die Willkür des Richters? wir sagten schon oben, daß man diese gerade in Bezug auf Leibesstrafen nicht genug einschränken kann. Läßt man also auch den freilich leeren Trost der betreffenden Gesetzesstelle rücksichtlich der geringeren sittlichen Empfindlichkeit dieser Menschenklasse, und daher der relativ am meisten erlaubten Zulässigkeit der Prügelstrafe stehen, so müßte jeder Richter die Individuen erst nach ihrer sittlichen Empfindlichkeit oder Stumpfheit prüfen, ehe er die Strafe für zulässig erklärt, und sie müßte für den Auswurf aus allen Ständen gelten. Man sieht, daß dies auf ein Absurdum hinausläuft, und daß sich das Gesetz nicht einmal auf die größtmöglichste Einschränkung etwas zu Gute thun kann. Hier hilft nichts als die radikale Ausreißung des auf dem Miste von Rohheit und Menschenverachtung im Sonnenlichte kriminal-bureaukratischer Salbaderei aufgewachsenen Krautes.

Die Gesetzgebungspolitik hat nun zu wählen zwischen dem Verluste einiger Arbeitstage für den Nahrungsstand (nicht des Tag- oder Wochenlöhners, denn dieser wird auch im Arreste genährt, sondern) der Angehörigen und zwischen der dem sittlichen Charakter geschlagenen Wunde.

Der Widersprüche gibt es aber noch mehr. Wenn die Arreststrafe höchstens dreißig Tage ausmacht, kann die Stellvertretung stattfinden, weil auch nur Ein Tag Erwerbs-Verlust Schaden bringt; wenn aber vierzig Tage Arrest diktirt werden, soll da dieser Schade plötzlich keiner sein? — Wenn dreißig Tage Arrest gleich zwanzig Streichen stehen, so stehen auch drei Tage zwei Streichen gleich. Man wird vielleicht einwenden, daß Mathematik in der Abwägung der Strafe nicht statthaft sei, da diese nicht von der Zahl, sondern von ihrer Beschaffenheit abhänge (non numerantur sed ponderantur); dies mag in allen andern Dingen gelten, hier aber lassen wir es nicht gelten, denn es ist ein weit unbedeutenderer Nachtheil, nach dem durch das Gesetz selbst angedeuteten Maßstabe dem Richter das Maß vorzurechnen, statt ihm die Bestimmung nach eigenem Ermessen aus bewußten Gründen zu überlassen. Was hat also dann zu geschehen, wenn nur ein oder zwei Tage Arrest diktirt werden? Sind da $^2/_3$ oder $^4/_3$ Streiche durchführbar? — Nein. Jeder Richter diktirt da gewöhnlich fünf Streiche, also dasselbe, was etwa einer Woche Arrest gleichkommt, und das ist ungerecht. Bei der Aufzählung aller der Fälle, in denen die Stellvertretungsstrafe stattfinden kann, hat das Gesetz allerdings auf solche Fälle Rücksicht genommen, ja nehmen müssen, in welchen die im §. 248 bezeichnete Klasse von Menschen zumeist sich schuldig zu machen pflegt. Aber schon im ersten Punkte, der von Unmündigen spricht, welche Handlungen begehen, die nach ihrer Eigenschaft Verbrechen wären, scheint eine sehr bedenkliche Ungereimtheit zu liegen. Denke man sich einen Lehrjungen und das verdorbene Söhnchen aus vornehmer Familie. Der Eine stiehlt dem Meister Goldschmied einen werthvollen Schmuck, der Zweite zieht dem Vater eine Staatsobligation aus der Lade. Wer will nun bei dem Einen die Prügel rechtfertigen, während der Andere mit Arrest bestraft wird? Der Lehrjunge müßte schon als Unmündiger ein hartgesottener Sünder sein, um sagen zu können, er sei moralisch roh und stumpf. Das wäre einer aus vielen Fällen, wo sich die Prügelstrafe nur an den Unterschied der Stände heften würde. Die Fälle der Kuppelei, des Unterschleifs zur Unzucht, Herleihen der Kinder zum Betteln scheinen auf Dienstboten ꝛc. und Personen, die vom Tag- oder Wochenlohne leben, wenig zu passen. Die Anfrage bei dem Arzte, ob die körperliche Züchtigung zulässig sei [1]),

[1]) Die Anfrage bezieht sich nicht allein darauf, ob die Prügelstrafe überhaupt zulässig sei, sondern ob sie auch der Zeit, der Anzahl der Streiche und des Werkzeuges nach (ob Stock oder nur Ruthe) zulässig sei (siehe Hofdekret vom 28. August 1812).

müssen wir, aus wie humanen Gefühlen sie auch entsprungen sein mag, dennoch für eine leere Formalität erklären. Jede Leibesstrafe greift den Körper in seinen physischen Lebensbedingungen mehr oder weniger an. Die Prügelstrafe greift sie durch heftige Schläge auf das Muskelfleisch an, welche, abgesehen von den Schmerzen, immer eine natürliche Reaktion hervorrufen, die sich je nach der Individualität an verschiedenen Theilen, an Gehirn, beziehungsweise Kopf, an Lunge und dem Herzen, in Folge des aufbrausenden Blutumlaufes, an dem Nervensysteme, an Nieren und an den Geschlechtstheilen äußern [1]). Nachtheilig sind sie daher wegen der natürlichen Reaktion immer. Die passiven Organismen sind aber bei verschiedenen Individuen von verschiedener Kraft und Ausdauer; bei Vielen hebt die gesunde Kraft des Körpers den Nachtheil auf und gleicht ihn binnen Kurzem wieder aus. Der Blutandrang zum Kopf, zu den Augen, zum Herzen ꝛc. wird eben ausgehalten, und hiemit ist es gut. Er wird es aber nicht, wenn das Organ schwach oder kränklich ist, und dann verläuft der Schade nicht, sondern hinterläßt dem Organe einen Leck, für dessen weitere Folgen Niemand einstehen kann. Die Frage an den Arzt kann daher keinen anderen Sinn haben als den: Werden die Schläge üble Folgen haben oder nicht? Darauf kann kein gewissenhafter Arzt anders antworten als: Vielleicht (wahrscheinlich) ja; vielleicht (wahrscheinlich) nicht; d. h. in Kurzem: Ich weiß nicht. Der Zusatz endlich, daß die körperliche Züchtigung während der Strafdauer (?) nicht öfter als einmal vollzogen werden darf, hat in diesem Paragraphe keinen Sinn, weil die Prügelstrafe eben die Stellvertretungsstrafe ist. Der Zusatz gehört offenbar zu §. 258, wo von der Schärfung durch Prügel die Rede ist, und der sich auch auf §. 248 zurückbezieht.

So scheint denn, selbst ohne auf die Aussprüche der abstrakten Strafrechtswissenschaft zurückzugehen, schon von derjenigen Grundlage aus, auf welcher unser Strafgesetzbuch steht, diese Strafart verdammt werden zu müssen, und wird daher deren gänzliche Aufhebung um so mehr eine Forderung der Zeit bilden.

---

[1]) Bei Frauen ist die Rücksicht von doppelter Wichtigkeit, weil der Organismus schon von Natur aus zarter und empfindlicher ist; hiezu treten die Beziehungen desselben zur monatlichen Reinigung und der Schwangerschaft hinzu. Das Hofdekret vom 4. Februar 1803, welches in dem §. 93 Instr. für St. G. v. 16. Juni 1854 übergegangen ist, entsprang zwar aus humanen Gefühlen, wie die Befragung des Arztes, ist aber so scheinbar wie diese, weil die Schläge nicht blos dann auf die betreffenden Theile wirken, wenn die Reinigung stattfindet, sondern auch außerdem. Mit großer Schwere fällt auch das angeborene und weit empfindlichere, daher auch beinahe nie abgestumpfte Schamgefühl des Frauenzimmers in die Wagschale.

Als Nebenstrafe wird die körperliche Züchtigung unter den bereits angeführten Modalitäten mit Ausnahme der in Punkt 1, 2, 3, 4 und 5 angegebenen, mit dem doppelten Unterschiede vollzogen: 1. daß das Maximum der Streiche die Zahl dreißig nicht übersteigen darf, wenn Verbrechen, und die Zahl zwanzig, wenn Vergehen oder Uebertretungen bestraft werden; 2. daß dieselbe nur gegen Rückfällige in Anwendung kommen darf (§§. 24 und 258).

Die von allen österreichischen Rechtslehrern dem Richter anempfohlene Rücksicht, diese Verschärfungsart nur im Geiste der im §. 248 angegebenen Grundsätze, also zumeist in den analogen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und an den daselbst bezeichneten Personen anzuwenden, beruht nicht im Wortlaute des §. 24, was eben vom Uebel ist, da dies rein von der Humanität des Richters erwartet werden muß; wohl aber im Wortlaute des §. 258, welcher ausdrücklich befiehlt, die körperliche Züchtigung nur unter den im §. 248 enthaltenen Beschränkungen in Anwendung zu bringen. Dagegen entfällt im letzteren §. 258 die Vorschrift des §. 260 (letzter Satz), weil es sich hier um keine Verwandlung der Arreststrafe in körperliche Züchtigung, sondern um die Verschärfung des Arrestes handelt (siehe oben Punkt 3).

Als Disziplinarstrafe endlich kann die körperliche Züchtigung sowohl in Strafhäusern als in den Gefängnissen der Gerichte sowohl gegen Sträflinge, als gegen Untersuchungsgefangene angewendet werden.

Die Disziplinarbehandlung der Gefangenen (Untersuchungsgefangene und Sträflinge), so weit sie in den Gefängnissen der Gerichte zu detiniren sind, normiren die §§. 90—93 der Instruktion für die Strafgerichte vom 16. Juni 1854. Die Disziplinarstrafmittel sind im Allgemeinen dieselben, welche zugleich als Verschärfungsmittel der Verbrechens- und Vergehensstrafen dienen, also Fasten, hartes Lager, Einzelnhaft, Dunkelzelle, hiezu außerdem noch die körperliche Züchtigung und Anlegung von Eisen, wenn diese nicht schon mit der Kerkerstrafe verbunden ist. Auch müssen diese Strafen nach §. 90 unter den in den §§. 255 bis 257 St. G. B. vorgeschriebenen Beschränkungen angewendet werden. Von diesen Disziplinarmitteln wollen wir hier nur der körperlichen Züchtigung erwähnen, welche das Gesetz ebenda in den §§. 91—93 unter ganz besonderen Voraussetzungen weiters noch gestattet. Bei grober oder thätlicher Beleidigung der Beamten, der Wachen oder des Aufsichtspersonals, bei boshafter Beschädigung oder Zerstörung von Einrichtungsstücken oder anderen Gegenständen, bei Zusammenrottungen

und thätlicher Widerstandleistung gegen die Vorgesetzten, die Wache oder andere Aufsichtsindividuen und in anderen Fällen erheblicher Disziplinarvergehen [1]), in welchen mit Rücksicht auf die Gemüthsart des Schuldigen von einer anderen Strafe keine Wirksamkeit zu erwarten ist, oder wenn auch in geringeren Fällen die Anwendung gelinderer Strafmittel fruchtlos geblieben ist, kann nach vorläufiger Einvernehmung des Gerichtsarztes (§. 24 St. G. B.) eine körperliche Züchtigung bis zu zwanzig Stockstreichen gegen erwachsene Männer, oder zwanzig Ruthenstreichen gegen Jünglinge unter achtzehn Jahren oder Weibspersonen verhängt werden. Die körperliche Züchtigung darf jedoch gegen Gefangene bei den Gerichtshöfen nur auf Grundlage eines von dem Gerichtshofe gefaßten Beschlusses, gegen Gefangene aber, welche sich bei den Bezirksämtern befinden, nur von dem Bezirksvorsteher, und wenn die Justizpflege daselbst durch einen eigenen Beamten selbstständig versehen wird, nur von diesem mit Zustimmung des Vorstehers des Bezirksamtes verhängt werden. An Weibspersonen darf die körperliche Züchtigung während der monatlichen Reinigung, oder wenn bei der ärztlichen Untersuchung Anzeichen von Schwangerschaft bemerkt werden [2]), nicht vollzogen werden. Auch sind zur Vollziehung der Strafe nur taugliche Weibspersonen zu verwenden. Die eigentliche Vollziehung der körperlichen Züchtigung ist nach §. 325 der St. P. O., wenn es ohne Nachtheil für die Gesundheit des Sträflings geschehen kann, sogleich beim Antritte der Strafe, und noch bei dem Strafgerichte, außerdem aber nach dem Wegfallen dieses Hindernisses während der Strafdauer zu vollziehen. Nach Vollstreckung der übrigen Strafe darf eine körperliche Züchtigung nicht mehr zugefügt werden. Weiteres über den Vollziehungsmodus der körperlichen Züchtigung als diese letzte Bestimmung des §. 325 enthält das Strafgesetz selbst nicht, es versteht sich daher von selbst, daß alle diesfälligen älteren Bestimmungen, welche wir oben in der Geschichte dieses Strafmittels niedergelegt haben, in so ferne sie nicht schon ohnehin in die obgenannte Instruktion für Strafgerichte übergegangen sind, noch immer ihre Geltung haben, und daß sie sich auf alle drei Eigenschaften der körperlichen Züchtigung, als: Haupt-, Nebenstrafe und als Disziplinarmittel, wegen der stattfindenden Analogie gleichmäßig beziehen.

---

[1]) Wenn darin natürlicherweise nicht der Thatbestand eines Verbrechens vorhanden ist. Minist.-Erl. v. 6. Mai und 17. September 1852.

[2]) Und wenn sie nicht bemerkt werden? — was jedem, auch dem erfahrendsten Arzte geschehen kann?

Als Verschärfung, jedoch blos der Gefängnißstrafe, für Vergehen und Uebertretungen (des Arrestes) dient endlich noch die Leibesstrafe der schwereren Arbeit (§. 253). Arbeit überhaupt, d. h. die Beschäftigung der Sträflinge durch Arbeit, ist nach den Grundsätzen unseres Gesetzbuches mit jeder gefänglichen Anhaltung verbunden. §. 18 sagt: „Mit der Kerkerstrafe ist stets die Anhaltung zur Arbeit verbunden;" §. 245 rücksichtlich des Arrestes des zweiten Grades: „Auch in diesem wird der Verurtheilte ohne Eisen, in Beziehung auf Verpflegung und Arbeit aber so gehalten" ... Dann §. 244 rücksichtlich des Arrestes des ersten Grades: „Wobei dem Verurtheilten, wenn er sich den Unterhalt aus eigenen Mitteln oder durch Unterstützung der Seinigen zu verschaffen fähig ist, die Wahl seiner Beschäftigung überlassen bleibt." Daraus folgt, daß er sich niemals den Müssiggang, sondern immer irgend eine Beschäftigung wählen muß, und die ihm gewährte Wohlthat besteht blos darin, daß er sich eine Art von Beschäftigung unter mehreren möglichen aussuchen kann. Wer sich selbst aber (im Arreste des ersten Grades) nicht ernähren kann, dem wird auch von Seiten der Arrestverwaltung eine Beschäftigung zugewiesen, wobei sich die Verwaltung die Bestimmungen des §. 245 in Bezug auf die Art der Arbeit und den Arrestgrad gegenwärtig zu halten hat. Von diesem Grundsatze sind selbst die Untersuchungsgefangenen nicht befreit. Der III. Abschnitt der Strafprozeß-Ordnung, §§. 163—171, welcher von der Behandlung der Untersuchungsgefangenen handelt, läßt zwar im §. 165 die Wahl der Beschäftigung, welche dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Gefangenen entspricht, auf dessen Kosten frei, aber eben daraus folgt, daß dieselbe nicht frei zu lassen ist, wenn sich der Untersuchungsgefangene auf eigene Kosten nicht ernähren kann. Dies bestätigen auch in der That die §§. 80—82 der Instr. für die Strafgesetze: „Untersuchungsgefangene, welche sich selbst zu verpflegen, und nach ihren Vermögensverhältnissen einen Ersatz für die ihnen im Gefangenhause verabreichte Verpflegung zu leisten außer Stande sind, können nach dem Ermessen des Gerichtshofes zu einer angemessenen häuslichen Arbeit, in so weit es das Bedürfniß des Gefangenhauses erfordert, verhalten werden. Es ist jedoch Sorge zu tragen, daß sie hierbei nach Thunlichkeit weder mit Sträflingen noch anderen Untersuchungsgefangenen in Berührung kommen."

Von der Anhaltung zur Beschäftigung während der Detentionszeit sind daher ausgenommen nur 1. jene Untersuchungsgefangenen, welche sich auf eigene Kosten sustentiren, denn diesen kann man keine

Beschäftigung aufdrängen, weil sie noch keine Strafe leiden, man kann ihnen höchstens solche Beschäftigungen untersagen, die sich mit der Hausordnung oder mit den Zwecken der Detention nicht vertragen (§. 165 St. Pr. O.), und 2. diejenigen, welche Hausarrest leiden, weil dieser nach dem Wortlaute des §. 146 St. G. in nichts Weiterem bestehen darf, als darin, sich unter keinem Vorwande vom Hause zu entfernen, weil ferner nach Analogie des §. 244 St. G. B. der Gefangene sich faktisch auf eigene Kosten und außerhalb des Gefangenhauses ernährt.

Diese Arbeit ist somit keine Strafe, auch keine Schärfung, sie steht ganz und gar außer allem Strafsysteme, indem sie als bloßes sittliches Moment des menschlichen Lebens überhaupt, so wie Anhaltung zur Frömmigkeit, Sittlichkeit ꝛc. und höchstens als Korrektivmittel dasteht. Als Strafschärfung dient nur die schwerere Arbeit. Um aber definiren zu können, was schwerere Arbeit sei, schien es hier erforderlich, die Arbeit oder vielmehr die Beschäftigung selbst näher zu beschreiben. Da das Gesetz diesen Begriff nirgends selbst beschreibt, so wird schwerere Arbeit jede sein müssen, welche den Menschen, in welcher Beziehung immer, also in Anwendung physischer Kräfte, oder in ihrer Rückwirkung auf den Geist, oder auf den ihnen beigelegten Werth lästiger fallen, als jene gewöhnlichen, mit der Detention ordnungsgemäß verbundenen Arbeiten.

Daß dieselben weder öffentlich noch der Gesundheit gefährlich sein dürfen, ist schon in der geschichtlichen Entwickelung des Strafsystemes gesagt worden. Wie weit dieser Steigerungsgrad der schwereren Arbeit gehen soll, sagt allerdings das Gesetz abermals nicht, es hängt dies offenbar von der Gefangenhausverwaltung und den darüber bestehenden besonderen Vorschriften ab. Gewiß wäre es jedoch wünschenswerth gewesen, wenn das Gesetz die richterliche Willkür (sagen wir richtiger die Willkür der Verwaltung), namentlich in Rücksicht auf die Arbeitszeit, ausdrücklich eingeschränkt hätte. Allerdings ist eine Einschränkung in anderer Richtung kaum durchführbar und anempfehlenswerth, und es muß da Alles von der Solidität und Humanität der Verwaltung erwartet werden. Denn der Begriff „schwere Arbeit" läßt sich nur dann genauer feststellen, wenn man die Arbeit in ihrer Totalität mit der Individualität des Sträflings zusammenhält. Schreibt denn doch der §. 18 St. G. vor, daß bei Vertheilung dieser Arbeiten auf die bisherige Beschäftigungsweise und die Bildungsstufe der Sträflinge thunlichst

Rücksicht zu nehmen ist, und deutet hiedurch die Beweglichkeit des Begriffes „schwerere Arbeit" selbst an. Manche Arbeit, welche diesem Individuum einfach ist, ist es dem zweiten nicht. So z. B. die Reinigungsarbeiten im Gefangenhause für einen den besseren Ständen angehörigen Sträfling, und umgekehrt eine geistige Arbeit einem Taglöhner; eine mechanisch-geistlose Arbeit ist dem Gebildeten gewiß eine schwere Arbeit, oder einem der physischen Arbeit Ungewohnten eine Arbeit, welche die Körperkräfte, wenn auch nicht bedeutend anstrengt u. s. w. Die näheren Modalitäten über die Beschäftigungsweise der Sträflinge wollen wir bei den Gefängnißstrafen beschreiben und verweisen hierauf.

ad 3. Die im österreichischen Strafgesetzbuche statuirten Freiheitsstrafen lassen sich nach drei Gesichtspunkten eintheilen. Der erste umfaßt die Gefängnißstrafen, der zweite die Verweisung und der dritte die Stellung unter Polizeiaufsicht.

Die Gefängnißstrafe selbst ist wieder eine zweifache; entweder ihre hauptsächlichste Qualität liegt in der Anhaltung im Gefängnisse selbst, oder aber sie liegt nicht in der Anhaltung selbst, sondern in den Modifikationen derselben. Da nun diese Modifikationen der Haft schon ihrem Begriffe nach ein Abjekt der Anhaltung im Gefängnisse sind, so folgt daraus, daß sie niemals Haupt-, sondern stets nur Abjekte, d. h. Nebenstrafen sein können. Unter diesen Modifikationen der Gefängnißstrafe verstehen wir die Einsamkeit (Einzelnhaft) und die Finsterniß (einsame Dunkelhaft). Beide sind Nebenstrafen, sowohl der Kerker- als der Arreststrafe (§§. 19, 22, 23 I. Theil, und 253, 256, 257 II. Theil).

Die Anhaltung in einem Gefängnisse ist ebenfalls doppelter Art, jede wieder weiter mit je zwei Graden so, daß hieraus eine vierfache Abstufung in Homogenität zu den zu bestrafenden Verbrechen entsteht. Die erste Art dient zur Bestrafung von Verbrechen, und heißt Kerker des zweiten und des ersten Grades oder „schwerer Kerker" und „Kerker" (§§. 14—18 I. Thl.); die zweite Art dient zur Bestrafung von Vergehen und Uebertretungen und heißt Arrest des zweiten und des ersten Grades oder „Arrest" und „strenger Arrest". Diesen letztgenannten Gefängnißstrafen ist als fakultative Strafe noch die außerordentliche Arreststrafe angehängt, welche das Gesetz als „Hausarrest" bezeichnet hat (§§. 244—247, dann 260 bis 262 II. Thl.).

Für die nach §. 270 II. Thl. zu bestrafenden Unmündigen endlich ist noch eine weitere außerordentliche Gefängnißstrafe, welche das

Gesetz „Verschließung an einem besonderen Verwahrungsorte" nennt, aufgestellt worden. Es gibt somit als ordentliche Gefängnißstrafen: die beiden Kerkergrade, die beiden Arrestgrade; als außerordentliche: den Hausarrest und die Verschließung an einem besonderen Verwahrungsorte.

Die Verweisung ist ebenfalls eine doppelte; sie ist entweder eine Verweisung außerhalb der Reichsgrenze (Landesverweisung oder Abschaffung aus sämmtlichen Kronländern des österreichischen Kaiserstaates), oder Verweisung innerhalb derselben, letztere wieder als Abschaffung aus einem Orte oder aus einem Kronlande. Die Verweisung außerhalb der Reichsgrenze ist Nebenstrafe der Verbrechen sowohl als der Vergehen und Uebertretungen, findet stets erst nach überstandener Hauptstrafe und nur gegen Ausländer statt (§§. 19, 25 I. Thl., 249 II. Thl.). Die Verweisungen innerhalb der Reichsgrenze hingegen sind Nebenstrafen nur gegen Vergehen und Uebertretungen (§. 249 II. Thl.), werden ebenfalls nach überstandener Strafe, und da das Gesetz nicht unterscheidet, eben so gegen Inländer wie möglicherweise gegen Ausländer verhängt.

Die Stellung unter Polizei-Aufsicht ist zwar keine Strafe im eigentlichen Sinne des Wortes, d. h. sie dient nicht zur Sühnung des begangenen Verbrechens und Ausgleichung der durch dasselbe gestörten Rechtsgleichgewichtes, aber sie ist unbestreitbar ein Uebel, welches in Beschränkung der persönlichen Freiheit besteht, und welches der entlassene Sträfling aus Ursache des begangenen Verbrechens zu dem Zwecke zu erleiden hat, damit die Gesellschaft vor künftigen möglichen Rechtsangriffen geschützt bleibe. Die Polizei-Aufsicht hängt mit der eigentlichen Gefängnißstrafe auf das Innigste zusammen, ja sie ist nur eine Fortsetzung derselben in abgeschwächter Form, und da auch das Polizeimoment in der Strafe seine Berechtigung hat, so gehört die Polizei-Aufsicht unzweifelhaft in das Strafsystem, insbesondere unter die Freiheitsstrafen (siehe §. 26 I. Thl., letzter Satz).

Das Ganze des Gefängnißwesens hat zwei scharf von einander geschiedene Theile. Ersterer ist der strafrechtliche, letzterer der strafpolitische Theil. Sie stehen beide in innerem Zusammenhange; der erste begründet den zweiten, und der zweite ist die Erfüllung des ersten; als Doktrin jedoch stehen sie auseinander, jeder für sich ein eigenes Gebiet bildend. Der strafrechtliche Theil endigt mit der Verurtheilung des Angeschuldigten zum Gefängnisse, er gehört ganz und gar *dem Strafrechte* und der Strafrechtswissenschaft an, in ihm kommt es

nur darauf an, nach bewiesenem Verbrechen die Gefängnißart, die Dauer und den Grad derselben zu bestimmen, weiter nichts mehr, hiemit ist die Justizverwaltung des Gerichtshofes und das Strafgesetz erfüllt; die Form, unter welcher dieses zu geschehen hat, ist eben der Inhalt jenes strafpolitischen Theiles, sie ist Aufgabe jener Anstalten, welche der Staat hiezu bestimmt hat.

Nachdem das Strafrecht das Recht über den Angeschuldigten in thesi ausgesprochen hat, trachtet die Gefangenschaft, nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit, die Thesis zu verwirklichen. Man nennt diesen zweiten Theil Gefängnißwesen insbesondere. Er erfordert seine eigene, auf den Grundsätzen der Strafpolitik und der Zweckmäßigkeit mit Bezug auf den höchst humanen Strafzweck aufgebaute, von jener des strengen Rechtes getrennte Legislation ebenso, wie er auch schon in der Doktrin seine abgesonderte Ausbildung erhalten hat. Das Gefängniß, respektive die Bestrafung, ist unleugbar vom Strafrechte, von der Gerechtigkeit schlechterdings nicht zu trennen, sie ist ja selbst die Erfüllung derselben, und somit ein Theil des Strafrechtes selbst, von den Grundsätzen desselben in allen seinen Theilen bestimmt. Nicht die Sache, sondern nur die Art und Weise ihrer Erfüllung verdient wegen ihres Umfanges wie wegen ihrer Wichtigkeit eine eigene Doktrin und Legislation. Dies ist leider noch nicht der Fall. In diesem Punkte hat das legislative wie auch das doktrinelle Strafrecht noch eine ganze Zukunft. Die Doktrin, welche den schönen Beruf hat, der Gesetzgebung vorzuarbeiten, diese nach geschehener Aufstapelung der Vorräthe aus Vernunft und Erfahrung durch Abklärung der Endresultate vorzubereiten, ist eben in dieser Zeitperiode noch immer in den Anfängen ihrer Entwickelung; die Erfahrung, welche hierin das Hauptmateriale liefert, noch immer arm und unzulänglich, die Lehre des Gefängnißwesens ist in allen ihren Theilen eine Kontroverse, die Anstalten, aus denen man seine Erfahrungen schöpfen will, nichts als Experimente. Es kann auch anders nicht sein, denn die Freiheitsstrafe als humanes und rationelles Mittel der Bestrafung ist selbst ganz neu, eben erst in seiner Ausbildung begriffen; Oesterreich zählt sie in dem hier bezeichneten Charakter erst seit Kaiser Josef's Gesetz, und heute noch ist das Gefängnißwesen eine der schwächsten Seiten österreichischer Justizverwaltung. Wie sollte da die Legislation vollendet sein, wo die Doktrin selbst noch in der Wiege liegt! Doch ist es höchste Zeit, Hand an's Werk zu legen, denn Eines ist bereits gewiß, daß die Freiheitsstrafen das dominirende Strafmittel im Systeme sind.

Was nun die Legislation anbetrifft, so möchten wir ihr vorzüglich zwei Fehler vorwerfen, bei welchen eine gedeihliche Entwickelung des Gefängnißwesens niemals zu erwarten sein wird. Es ist die Vermischung des strafrechtlichen Theiles mit dem strafpolitischen. Das Strafgesetz bestimme nichts als a) Gefängniß art, b) Dauer, c) den Grad; alles Andere gehört in das Gefängnißwesen insbesondere. Eben dieser Fehler führt den zweiten im Gefolge mit sich, es ist der Mangel einer vollendeten umfassenden Legislation über Gefängnißwesen. Alles, was wir hierin besitzen, ist das ungenügendste Stückwerk, einzelne Verordnungen, ja sogar nur Instruktionen, wo strikte Gesetze nothwendig wären, denn Bestrafung ist ja Rechtserfüllung.

Wir sprechen hier nicht nur von Oesterreich, sondern auch von Deutschland, ja diesem gilt der Vorwurf mehr noch als Oesterreich, denn gerade was den ersten Theil desselben, nämlich die Vermischung des rechtlichen mit dem politischen Theile betrifft, so hat ihn Oesterreich im Vergleiche mit anderen Staaten Deutschlands am allerwenigsten verdient. Oesterreichs Gesetz ist hinsichtlich der Gefängnißstrafe einfach, übersichtlich und dennoch hinreichend abgestuft, es bezieht sich nur auf Art, Dauer und Grad Gefängnißstrafe, alles Uebrige einem anderen Gebiete überlassend. Gerade hierin sehen wir die Möglichkeit und die Anlage zu einer kräftigen hiebei abgetrennten Entwickelung des Gefängnißwesens, in doktrineller wie in legislativer Beziehung; denn wenn das Gesetz Strafpolitisches in sich aufnimmt, so ist die Gefängnißkunde nirgends ein Tüchtiges, Originäres, nicht im Strafrechte, nicht in der Strafpolitik; eine Doktrin nimmt der andern den Stoff vorweg, und so gedeiht er nicht hier nicht dort. Zum Beweise deuten wir hier auf die meisten deutschen Gesetzbücher. Diese unterscheiden eine ganze Reihe der verschiedenartigsten Abstufungen in der Gefängnißstrafe, indem sie sich bemühen, die Sträflinge schon im Strafgesetzbuche nach Kategorien zu theilen, was sie füglich der Gefängniß-Direktion überlassen sollten. Es gibt da Zuchthaus-, Arbeitshausstrafe, Strafarbeit, Zwangsarbeit, Galeeren, Festungs- und Schanzarbeit, Gefängniß (Kreis-, Amtsgefängniß), Festungsstrafe, Einschließung, Hausarrest u. m. a. Es sollte stets die Aufgabe des Gefängnißwesens bleiben, den Sträfling, nachdem ihm die Justiz Art, Dauer und Grad des Gefängnisses diktirt hat, jene besondere Anstalt anzuweisen, worin er mit Rücksicht auf den Strafzweck seine Strafe auszustehen habe. Da dies nicht der Fall ist, so kann sich die Gefängnißkunde auch gar nicht mit den Kategorien der Strafanstalten beschäftigen, weil sie gesetz-

lich schon vorbestimmt sind, sie übergeht diese wichtigste Seite ihrer Lehre; das Gesetz jedoch selbst ist in seinen Bestimmungen so unvollkommen, daß man an eine Erschöpfung dieser Lehre aus dem Gesetze auch im Entferntesten nicht denken kann; so kommt dieselbe nirgends zum Abschlusse. Diesem Uebel nun ist das österreichische Gesetz durch seine musterhafte Einfachheit der Eintheilung und durch Ausschluß aller Strafpolitik glücklich ausgewichen. Auch ist es in seiner Nomenklatur weit glücklicher gewesen, als die übrigen Gesetzgebungen. Das österr. Gesetz schließt sich nicht nur sehr entsprechend an die Qualität der strafbaren Handlungen, und hiemit an das Volksbewußtsein an, sondern es ist auch dem Doktrinär und dem praktischen Juristen ein höchst zweckmäßiges Mittel technischer Handhabung. Was also dem österreichischen Strafrechtswesen fehlt, ist nur eine umfassende, erschöpfende Legislation über das Gefängnißwesen.

Das österreichische Strafgesetz theilt den Kerker einmal nach der Strenge, das anderemal nach der Dauer in je zwei Stufen, so daß durch Kombination vier Abstufungen entstehen. Die beiden Stufen nach der Strenge heißen: „Kerker" ohne Zusatz und „schwerer Kerker"; jene nach der Dauer „lebenslänglich" und „zeitlich".

In dem „Kerker" wird der Sträfling ohne Eisen, jedoch enge verwahrt, und in der Verpflegung so gehalten, wie es die Einrichtung der für solche Sträflinge bestimmten Strafanstalten nach den darüber bestehenden oder noch zu erlassenden besonderen Vorschriften mit sich bringt. Es wird ihm mit Niemanden eine Zusammenkunft ohne Gegenwart des Gefangenwärters, auch keine Unterredung in einer dem Letzteren unverständlichen Sprache gestattet [1]). Im „schweren Kerker" wird der Verurtheilte mit Eisen an den Füßen angehalten. Eine Unterredung mit Leuten, die nicht unmittelbar auf seine Verwahrung Bezug haben, wird ihm nur in ganz besonderen und wichtigen Fällen gestattet [2]). Rücksichtlich der Dauer der zeitlichen Kerkerstrafe bestimmt das Gesetz als

[1]) Siehe hiezu §. 166 Str. Pr. O., Besuche der Untersuchungsgefangenen betreffend, und §. 75 Instr. für St. G. v. 1854.

[2]) Das Hofkanzleidekret vom 26. Februar 1818 rücksichtlich der Unterredung mit dem aufgestellten Kurator in Vermögensangelegenheiten ist oben schon mitgetheilt worden. Das Gesetz von 1803 gestattet die Unterredung mit Leuten, die nicht unmittelbar auf die Verwahrung Bezug haben, schlechterdings gar nicht, während das Gesetz v. 1852 diese in wichtigen Fällen, worüber wohl die Direktion der Strafanstalt, nöthigenfalls die Berufungsbehörde zu entscheiden haben wird, gestattet. Eben so ist auch das Hofkanzleidekret vom

Minimum und Maximum einen Zeitraum von sechs Monaten und zwanzig Jahren. Innerhalb dieser Grenzen stellt das Gesetz bei einzelnen Fällen des Gesetzbuches viererlei Abstufungen auf, immer mit je einem Minimum und Maximum, innerhalb dessen in der Regel die Strafdauer nach der Größe des Verbrechens durch den Richter nach eigenem Ermessen bestimmt werden muß. Diese sind: von sechs Monaten bis zu Einem Jahre, von Einem Jahre bis zu fünf Jahren, von fünf bis zu zehn Jahren, und endlich von zehn bis zu zwanzig Jahren.

Gewöhnlich setzt das Gesetz auf ein gewisses Verbrechen — wenn zeitliche Kerkerstrafe einzutreten hat — nur eine jener vier Abstufungen an; an mehreren Stellen jedoch (z. B. §§. 66, 77, 110, 178, 182, 202 St. G. u. m. a.) setzt sie unter Voraussetzung obwaltender schwererer Umstände noch einen oder gar zwei der nächst höheren Strafsätze an, so daß der Strafsatz in diesen Fällen zwischen sechs Monaten und zehn Jahren, zwischen fünf und zwanzig Jahren und dergleichen variirt. Den weitesten Spielraum statuirt das Gesetz (§. 410 der St. Pr. O.) im standrechtlichen Verfahren, nämlich von fünf bis zwanzig Jahren, unter den dort angegebenen Voraussetzungen.

Ueber das Maximum von zwanzig Jahren kann die zeitliche Kerkerstrafe ausnahmslos nicht verlängert werden, wohl kennt aber das Gesetz eine Ausnahme für die kürzeste Dauer durch Statuirung zweier gewiß sehr humaner Paragraphe (§§. 54 und 55), welche vom „außerordentlichen Milderungsrechte" reden. Bei Verbrechen nämlich, für welche die Strafzeit nicht über fünf Jahre bestimmt ist, kann sowohl der Kerker in einen gelinderen Grad verändert, als die gesetzliche Dauer selbst unter sechs Monate verkürzt werden, in dem Falle, daß mehrere, und zwar solche Milderungsumstände zusammentreffen, welche mit Grund die Besserung des Verbrechers erwarten lassen. Auch soll bei Verbrechen, deren Strafe nach dem Gesetze nicht über fünf Jahre zu dauern hätte, auf die schuldlose Familie zurückgesehen, und so ferne für dieselbe durch die längere Dauer der Strafe in ihrem Erwerbungsstande wichtiger Schade entstände, kann die Strafdauer selbst unter sechs Monate abgekürzt werden, jedoch nur in der Weise, daß die längere Dauer der Kerkerstrafe durch eine oder mehrere der im §. 19 aufgezählten Verschärfungen ersetzt werde.

---

16. Dezember 1844 schon oben erwähnt worden, wonach es auch den Obsorgern der Schutzvereine für entlassene Züchtlinge gestattet ist, Rücksprache mit diesen zu pflegen, Andere wichtige Fälle wären z. B. Besuch auf dem Todtenbette, Familienereignisse, Auskunft u. dergl.

Aus keinem Grunde jedoch läßt sich einsehen, warum der Unterrichter nicht auch bei höheren Ansätzen dieses schöne Recht ausüben dürfe, im Gegentheile muß es, als der Humanität entsprungen, von allen Fällen gleichmäßig gelten, denn die Rücksichten auf die Familie und auf den Erwerbungsstand sind ja von der längeren Verhaftung noch weit mehr abhängig, als von der kürzeren. Diesem Verlangen entspricht theilweise der §. 311 der St. Pr. O., indem der oberste Gerichtshof in allen Fällen, wo er zu einem Erkenntnisse berufen ist, wegen überwiegender Milderungsumstände nach seinem Ermessen die im Gesetze bestimmten Freiheitsstrafen nicht nur in der Dauer, sondern auch in dem Grade mildern, die Verschärfungen der Freiheitsstrafen ganz oder zum Theile nachsehen, und eben so die Geld- und übrigen wegen Vergehen und Uebertretungen zu verhängenden Strafen mildern, oder, in so ferne sie mit einer anderen Strafe zusammentreffen, und daher der Schuldige nicht gänzlich straflos bleibt, auch ganz nachsehen kann, wodurch das oben Behauptete nur noch mehr bestätiget wird.

So ergeben sich denn vier Abstufungen der Kerkerstrafe: schwerer lebenslänglicher, schwerer zeitlicher Kerker; lebenslänglicher, endlich zeitlicher Kerker.

Wir haben, um die Fortschritte der Strafgesetzgebung hervorzuheben, nichts hinzuzufügen, was nicht schon oben in der geschichtlichen Entwickelung gesagt worden wäre, denn das neue Gesetz hat nur jenes zusammengefaßt, was durch die Novellen zum Strafgesetze von 1803 hinzugefügt worden war.

Mit der Kerkerstrafe ist stets die Anhaltung zur Arbeit verbunden. Jeder Sträfling muß daher diejenige Arbeit verrichten, welche die Einrichtung der Strafanstalt mit sich bringt. Bei Vertheilung dieser Arbeit soll auf den Grad der Kerkerstrafe, die bisherige Beschäftigungsweise und die Bildungsstufe der Sträflinge thunlichst Rücksicht genommen werden.

Ueber die Qualität dieser Verfügung ist bereits gesagt worden, daß die Arbeit nicht als Verschärfung, und hiemit nicht als ein Bestandtheil der Strafe angesehen werden solle, sondern daß sie eher umgekehrt eine der humansten Verfügungen, das kräftigste Mittel ist, auch hartnäckige Verbrecher durch beharrliche Anwendung zum geregelteren bürgerlichen Leben, zu Fleiß, Erwerbsamkeit, Thätigkeit und hiemit zur Sittlichkeit und Tugend zu führen. Sie ist ein Hauptkorrektiv, und bei rationeller Systemisirung der hauptsächlichste und lohnendste Theil der

Gefängnißzucht. Ihr Wesen ist von der Verschärfung des §. 253 lit. b (schwerere Arbeit) gänzlich verschieden, da diese eine wahre Strafe, jene aber eine Wohlthat in der einsamen Zelle des Sträflings ist. Dies hat auch unser neues Gesetz eingesehen, und die Arbeit in ihre eigentliche und wahre Stellung eingesetzt. Das Strafgesetz von 1803 sagt §. 16: „Auch soll in den Strafhäusern Rücksicht getragen werden, daß die Sträflinge, so viel möglich, nach Maß, als sie zur schweren Kerkerstrafe verurtheilt sind, auch zu schwereren Arbeiten verwendet werden." Ist nun die Arbeit ebenfalls nach Graden der Kerkerstrafe zu steigern, und soll sie nicht als Arbeit an sich gleichmäßige Geltung haben, so ist sie selbst ein Uebel und somit ein Bestandtheil der Strafe. Den sittlich ganz perversiven Satz: Arbeit ist Uebel, ist Strafe, hat unser nunmehriges Gesetz gänzlich aufgehoben, indem es die Arbeit in allen Kerkergraden vollkommen gleichgestellt, ja noch mehr, die Art derselben mit der Individualität des Sträflings in Einklang zu bringen befohlen hat. Die objektive Gleichmäßigkeit der Arbeit in richtiger Kombination mit subjektiver Relativität ist Alles, was man von einer humanen Justiz fordern kann. Es ist hier in der That im Prinzipe Alles geschehen, was geschehen kann, und es handelt sich nur um die allerdings noch vielfach mangelhaften Durchführungsverordnungen.

Die Behandlung der Sträflinge, welche ihre Strafe bei den Gerichten und nicht in den besonderen Strafanstalten ausstehen, normirt die schon öfter genannte Instruktion vom 16. Juni 1854 in den §§. 84 bis 87.

Sträflinge sind von Untersuchungsgefangenen abzusondern, nach dem Inhalte des wider sie gefällten Urtheils zu behandeln, und insbesondere nach den Bestimmungen des Strafgesetzes[1]) zur Verrichtung von Arbeiten anzuhalten. Die Sträflinge jeder Religionsgenossenschaft sind an ihren Festtagen nur zu leichteren häuslichen Arbeiten zu verwenden. Zu Dienstverrichtungen für Beamte oder Privatpersonen dürfen Sträflinge eben so wenig als Untersuchungsgefangene verwendet werden[2]). Die Verwendung der Sträflinge zur Arbeit soll in der Regel innerhalb des Gefangenhauses[3]) stattfinden. Wenn jedoch dieses wegen der Beschaffenheit des Gefangenhauses mit Rücksicht auf die Erhaltung der Gesundheit der Sträflinge oder wegen anderer Verhält-

[1]) Nämlich nach §. 18 und 244, 245 im Zusammenhalt mit §. 253 lit. b.
[2]) Eben so dürfen die Sträflinge zum Ankaufe von Sachen außer dem Strafhause nicht verwendet werden (Hofdekret vom 6. Juni 1821).
[3]) Oder doch wenigstens innerhalb der Mauern des Gefängnißortes.

niſſe nicht thunlich erſcheint, ſind doch nur ſolche Arbeiten zu wählen, welche in der nächſten Nähe des Gefangenhauſes, ohne belebte Wege zu paſſiren, verrichtet werden können, und bei welchen die Sträflinge weder dem Anblicke des Publikums ausgeſetzt ſind, noch die ſtete Aufſicht über dieſelben gehindert, oder eine Gefahr der Entweichung, oder des Einverſtändniſſes mit dritten Perſonen zu beſorgen iſt. Wo übrigens in Bezug auf die Verwendung der Sträflinge zu Arbeiten außerhalb des Gefangenhauſes mit Rückſicht auf Orts- und andere eigenthümliche Verhältniſſe beſondere Vorſchriften beſtehen [1]), ſind dieſelben auch künftig zu beobachten. Dieſe Vorſchriften, welche als Ausnahmen von der Regel zu gelten haben, gründen ſich nur auf den Mangel hinlänglicher zweckmäßig eingerichteter Gefangenhäuſer, können deshalb als Palliative eine blos proviſoriſche Geltung und das entſprechende Gewicht für den Strafpolitiker haben, ſie ſind jedoch Unvollkommenheiten, deren baldige Entfernung als Wunſch aus den Worten des legislativen Geſetzes ſelbſt klar hervorleuchtet.

Wenn es die Ortsverhältniſſe geſtatten, können auch für die bei den Gerichten angehaltenen Sträflinge gewerbsmäßige Arbeiten, wie in den abgeſondert beſtehenden Strafanſtalten, eingeführt werden. Bei der Einführung ſolcher Arbeiten hat das Gericht im Einvernehmen mit der politiſchen Kreisbehörde vorzugehen.

Außer der Arbeitszeit kann ſowohl den Sträflingen als den Unterſuchungsgefangenen unter den nöthigen Vorſichten geſtattet werden, bewährte Gebet- und Erbauungsbücher oder andere anerkannt nützliche Bücher mit Ausſchluß aller periodiſchen Druckſchriften und Bücher politiſchen Inhaltes — (warum? ſollte da nicht auch ein ſchicklicher Unterſchied gemacht werden, deſſen Vorausſetzungen das Leſen der Art Schriften bei den betreffenden Sträflingen geſtattet erſcheinen ließe?) — zu leſen, oder ſich mit Schreiben zu beſchäftigen. In engem Zuſammenhange mit dieſer letzteren Beſtimmung ſteht der Juſtizminiſterial-Erlaß

[1]) Eine ſolche beſondere Vorſchrift iſt für Ungarn, wo die Gefangenhäuſer noch nicht in einem ſolchen Zuſtande ſich befinden, welcher die Einführung einer geregelten Beſchäftigungsweiſe der Sträflinge ausſchließlich innerhalb des Gefangenhauſes ermöglicht, durch Juſtizminiſterial-Erlaß vom 21. März 1856 erfloſſen, worin unter möglichſter Uebereinſtimmung mit den Grundſätzen des Strafgeſetzbuches und der Inſtruktion von 1854 die Verwendung der Sträflinge zur Arbeit außerhalb des Gefangenhauſes, wenn und in ſo weit es das Bedürfniß erheiſcht, auch fernerhin geſtattet wird. Es dürfen aber auch in dieſen Fällen die Sträflinge nicht zur Arbeit bei Privaten, ſondern nur zu Zivil- und Landes- (Komitats-, Bezirks-) Bauführungen, überhaupt zu Staats- und Landeszwecken verwendet werden.

vom 29. Mai 1848, der dem Verhafteten unter den erforderlichen Vorsichten auch die Erlaubniß gewährt, in den Morgen- und Abendstunden Licht zu brennen. Noch sind zwei Hofdekrete zu nennen, welche auf die mit dem Kerker verbundene Arbeit Bezug haben, nämlich jenes vom 17. Dezember 1815 und 4. März 1836. Durch ersteres sind die sogenannten Ueberverdienstgelder eingeführt worden, um den Sträflingen Lust zur Arbeit einzuflößen, und die in einer Geldbelohnung für jene Arbeiten bestehen, welche die Sträflinge über das vorgeschriebene Maß verrichten.

Unser Gesetz geht hiebei von dem gewiß humanen Grundsatze aus, daß die Arbeit keine Strafe, und daß sie Eigenthum des Arbeiters sei. Letzteres Bewußtsein ist der sittliche Hebel jedes Staatsbürgers, und es kann nicht genug hervorgehoben werden, daß unser Gesetz auch den Sträfling in dieser einen Beziehung als Staatsbürger gelten läßt. Wenn es auch Individuen genug geben mag, welche sich selbst nicht achten, so muß der Staat diese Achtung dennoch auch in den verworfensten Menschen hineinlegen und sie von ihm niemals nehmen, selbst dann nicht, wenn das Individuum niemals von seiner sittlichen Verkommenheit zurückkommen sollte. Durch die Rohheit des Sträflings sollte sich der Staat niemals zur Rohheit verleiten lassen. Die Erfahrung beweist, daß das sittliche Motiv der Arbeit als Eigenthum des Arbeiters bei sonst wohlorganisirten Gefangenanstalten die besten Früchte getragen hat. Nur muß die gewöhnliche Arbeitszeit so bemessen sein, daß ein Ueberverdienst ohne Ueberbürdung möglich wird. Unser Gesetz nimmt nun an, daß der Sträfling durch das gewöhnliche Maß an Arbeit ein Aequivalent für die ihm gereichte Verpflegung dem Staate leistet, so daß der Ueberverdienst das ungeschmälerte Eigenthum des Sträflings bleibt. Dies ist im Prinzipe richtig; aber wünschenswerth wäre es, wenn der Staat das aufgestellte Prinzip bis in seine letzten Enden konsequent durchführen, das Ganze der gelieferten Arbeit nach einem gewissen Werthmesser erheben und hievon die eben so gemessenen Verpflegungskosten abziehen wollte, so daß als Ueberverdienst dasjenige zu betrachten käme, was überhaupt nach Abzug der Verpflegskosten übrig bleibt, und nicht blos was die über das vorgeschriebene Maß verrichtete Arbeit ausmacht.

Von diesem Ueberverdienste läßt nun das Hofdekret die eine Hälfte für den Sträfling aufbewahren, um sie ihm dann bei seiner Entlassung auf die Hand zu geben, die andere Hälfte hingegen kann ihm zu seiner besseren Verpflegung während der Strafzeit in der Art überlassen wer-

den, daß er zwar nie selbst während seiner Strafzeit einige Barschaft in die Hände bekommt, sondern ihm nur freisteht, um einen Beitrag an Bier, Brot und Suppe zu bitten, welche von dem Hausbeamten bei dem Ausspeiser anzuweisen, und worüber mit dem Letzteren jede Woche eine Berechnung zu pflegen ist.

Das Wörtchen: kann hat wohl nur darauf Bezug, daß ihm dieser Beitrag dann verweigert werden kann, wenn die Schärfung der Kerkerstrafe durch Fasten, oder dieselbe Strafe im Disziplinarwege (§. 90 der Instruktion) entgegensteht; wenn dieses nicht der Fall ist, scheint es, da die Entziehung des halben Ueberverdienstgeldes als Strafe weder im Wege der Strafjustiz noch in jenem der Disziplin gestattet ist, und sich der Richter so wie der Gefangenhaus-Direktor streng nach dem Wortlaute des Gesetzes in der Art der Bestrafung zu richten hat, muß ihm dieser Beitrag zur Verpflegungs-Aufbesserung gestattet werden.

Eine andere Frage entsteht dahin, ob das Gesetz diesen Beitrag nur bezüglich des Bieres, Brotes und der Suppe verstanden wissen wollte? Wir behaupten, das Gesetz habe hier nur Beispiele angeführt, denn es heißt im Hofdekrete überhaupt: „kann ihm zu seiner besseren Verpflegung während der Strafzeit in der Art überlassen werden, daß ....“ so, daß er elen so nach Aufbesserung durch Wein, Fleisch, Schnupf- und Rauchtabak ꝛc. verlangen könnte. Noch fraglicher ist es, ob Tabak, so wie überhaupt alle Aufbesserungen, welche nicht zur Ernährung dienen, dann entzogen werden dürfen, wenn der Sträfling fasten soll? So lange das Gesetz selbst nicht spricht, müssen wir diese Frage zu Gunsten des Sträflings beantworten; denn fasten heißt: den Sträfling an dem bestimmten Tage bei Wasser und Brot halten, also außer Wasser und Brot nichts Weiteres in den Magen aufnehmen lassen; ihm zu verbieten, irgend welche sonstige Aufbesserung zu genießen, hieße ihm ein Uebel auflegen, das das Gesetz nirgends ausdrücklich gestattet, was bekanntlich (§§. 32 und 33 St. G. I. Thl.) nicht angeht.

Das letztgenannte Hofdekret bestimmt, daß das aufgesparte Ueberverdienstgeld der Strafhauskasse zuzufallen habe, wenn der Sträfling während der Strafzeit stirbt.

So wie der Kerker, zerfällt auch der Arrest in Arrest zweiten und dann ersten Grades. Der Arrest des zweiten Grades wird durch den Zusatz „strenger Arrest“ bezeichnet. In diesem wird der Verurtheilte

ohne Eisen, in Beziehung auf Verpflegung und Arbeit[1]) aber so gehalten, wie es die Einrichtung der für solche Sträflinge bestimmten Strafanstalten nach den darüber bestehenden oder noch zu erlassenden besonderen Vorschriften mit sich bringt. Es wird ihm mit Niemanden eine Zusammenkunft ohne Gegenwart des Gefangenwärters, auch keine Unterredung in einer dem Letzteren unverständlichen Sprache gestattet. Der erste Arrestgrad wird durch „Arrest" ohne Zusatz bezeichnet und besteht in Verschließung in einem Gefangenhause ohne Eisen, wobei dem Verurtheilten, wenn er sich den Unterhalt aus eigenen Mitteln oder durch Unterstützung der Seinigen zu verschaffen fähig ist, die Wahl seiner Beschäftigung überlassen bleibt. Kann er das nicht, so bleibt er auf jene Kost beschränkt, welche im §. 81 der Instruktion ausgemessen und auch hier schon besprochen worden ist, und muß sich auch nach §. 82 ebenda die Zuweisung entsprechender Arbeit gefallen lassen, welches, wie aus dem Früheren erhellet, durchaus nicht als Strafe anzusehen ist.

Hausarrest ist eine fakultative außerordentliche Strafe, welche entweder gegen bloße Angelobung, sich nicht zu entfernen, oder mit Aufstellung einer Wache durch den Richter statt des Arrestes des ersten Grades, jedoch nur dann verhängt werden kann, wenn der zu Bestrafende von unbescholtenem Rufe ist, und durch die Entfernung von seiner Wohnung gehindert würde, seinem Amte, seinem Geschäfte oder seiner Erwerbung obzuliegen (§. 262). Der Hausarrest verpflichtet den Verurtheilten, sich unter keinem Vorwande vom Hause zu entfernen, bei Strafe, die noch übrige Arrestzeit in dem öffentlichen Verhaftorte zu vollstrecken.

Der Arrest ist immer von zeitlicher Dauer, und ist seine kürzeste Dauer in der Regel von vierundzwanzig Stunden, die längste von sechs Monaten. Eine Ausnahme hievon enthält der §. 260, wo die Dauer der Strafzeit selbst unter den gesetzlichen geringsten Strafsatz abgekürzt werden kann, wenn durch die Dauer des gesetzlich bestimmten Arrestes der Erwerb des Sträflings oder seiner Familie in Verfall oder doch in Unordnung gerathen könnte, wobei jedoch der Arrest nach §. 253 zu verschärfen ist. Eine zweite Ausnahme enthält der §. 266 im Falle einer

[1]) Siehe die Instruktion vom 16. Juni 1854 und den §. 324 der St. Pr. O., worin es im vorletzten Absatze heißt: „Es ist jedoch immer dafür zu sorgen, daß die Gefängnisse für Verbrecher von denjenigen, in welchen die blos eines Vergehens oder einer Uebertretung Schuldigen ihre Strafe auszustehen haben, abgesondert werden."

außerordentlichen Milderung. Wie tief unter den geringsten Strafsatz der Richter gehen kann, ist nirgends ausgesprochen. Herbst (Handbuch des österreichischen Strafgesetzes, II. Thl., S. 24) schließt aus der Verordnung des Justizministeriums vom 11. Febr. 1855, §. 1: Für Geldstrafen unter fünf Gulden ist im Umwandlungswege Arreststrafe in der Dauer von wenigstens zwölf Stunden auszusprechen, — daß doch wenigstens eine Arreststrafe von zwölf Stunden verhängt werden müsse. Dagegen gibt es auch Ausnahmen in der anderen Richtung, nämlich Fälle, in denen die Arreststrafe länger als mit sechs Monaten bemessen werden kann. Es gibt deren, wo sie bis zu Einem Jahre (z. B. §§. 288, 292, 294, 295, 305, 335, 486, 493, 516 in den gefährlicheren Fällen der Vergehen und Uebertretungen, welche sich auf Stiftung geheimer Gesellschaften, Herabwürdigung der Ehe ꝛc., Vergehen gegen die Sicherheit des Lebens, verschuldete Kriba ꝛc. beziehen, ferner in Fällen der Uebertretung des Waffenpatentes); bis zu zwei Jahren (nach §. 38 Preßordnung); bis zu drei Jahren (§. 337 St. G., dann Waffenpatent für Lombardei, Venedig und Südtirol vom 18. Jänner 1818, §. 7); bis zu fünf Jahren (Patent vom 21. April 1854 für Lombardei, Venedig, den Verkehr mit unerlaubten Waffen betreffend); vieljähriger Kerker (Vergehen gegen die Pestanstalten).

Es liegt in dem richterlichen Ermessen, die Kerker- und Arreststrafen mit den in den §§. 19 und 253 angeführten Strafen zu verschärfen. Dies leuchtet aus den Worten beider Paragraphe hervor: „Die Kerker- (Arreststrafe) kann noch verschärft werden." Nur die lebenslange Kerkerstrafe darf eben so wie die Todesstrafe überhaupt nicht geschärft werden (§. 50). Dasselbe scheint auch vom Hausarreste angenommen werden zu müssen, weil seine strengste Form nur in der Aufstellung einer Wache besteht, daher weder Fasten, noch hartes Lager, schwerere Arbeit, Einzeln- oder Dunkelhaft, endlich körperliche Züchtigung durchführbar erscheinen.

So wie aber in den angegebenen Fällen keine Schärfung stattfindet, so ordnet andererseits das Gesetz dieselbe ausdrücklich an. So muß im Falle des §. 40, wenn der auswärtige Staat die Uebernehmung des daselbst inkulpirten aber in deren Inland betretenen Verbrechers verweigert, in der Regel nach dem österreichischen Strafgesetze vorgehen und dem Strafurtheile immer die Verweisung nach vollendeter Strafzeit anhängen, welche selbst vom Oberlandesgerichte nicht nachge-

sehen werden kann (§§. 286, 305 St. Pr. O.)[1]; ein anderes Beispiel gibt §. 146, wo der Vater des abgetriebenen Kindes, welcher an dem Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht Schuld trägt, mit Verschärfung zu bestrafen ist. Eben so, wenn der mit gewaltthätiger Handanlegung unternommene Raub auch vollbracht worden ist (§. 194).

Eine besondere, außerordentliche Gefängnißart ist auch: „die Verschließung an einem abgesonderten Verwahrungsorte", welche der §. 270 für jene Unmündigen, welche strafbare Handlungen von verbrecherischem Charakter begangen haben, statuirt, und welche nach Beschaffenheit der Umstände von Einem Tage bis zu sechs Monaten zu dauern hat. Diese Strafe kann nach §. 253 (auf die gewöhnliche Art) verschärft werden. Mit dieser Bestrafung der Unmündigen ist nebst einer ihren Kräften angemessenen Arbeit stets ein zweckmäßiger Unterricht des Seelsorgers oder Katecheten zu verbinden (§. 272).

Das Gesetz verfügt für den Unmündigen, der Erziehung noch Bedürftigen, einen abgesonderten, d. h. einen nur für seine Einschließung dienenden Aufbewahrungsort, also die höchst zweckmäßige Absonderung von den übrigen Sträflingen. Da das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen trifft, so muß diese Strafe dem Arreste ersten Grades gleichgeachtet werden, und es werden die betreffenden Gesetzesstellen auch hier maßgebend sein. Daß aber die Verschließung des Unmündigen, weil sie in einem abgesonderten Verwahrungsorte stattfindet, wesentlich auch Einzelnhaft sei, wie Herbst (a. a. O. S. 44, II. Theil) behauptet, möchten wir nicht zugeben. Es wird im Gegentheile die Strafanstalt dafür zu sorgen haben, daß die Verschließung nicht in eine Einzelnhaft ausarte, denn diese ist ja eine Verschärfung, welche das Gesetz selbst nur mit gehöriger Reserve (§§. 22 und 256) bei Erwachsenen anordnet. Sie wird bei Unmündigen doppelt gefährlich, und muß schon aus pädagogischen Gründen gemieden werden; aber abgesehen davon muß sie deshalb vermieden werden, weil sie ein Strafübel ist, welche der Richter nur dann verfügen kann, wenn es das Gesetz ausdrücklich gestattet. Es wird daher der (§. 22) angeordnete tägliche Besuch, dann Unterredungen mit den Angehörigen und anderen unbedenklichen Personen, ferner die angemessene Arbeit und der Unterricht des Seelsorgers so eingerichtet werden müssen, daß die Haft nicht zur Einzelnhaft werde. Der Ausdruck: „abgesondert" bezieht sich wohl auf den Verwahrungsort, und nicht auf den Sträfling; es scheint daher gestat-

[1]) Wohl aber vom obersten Gerichtshofe (§. 311 St. Pr. O.).

tet zu sein, den Unmündigen unter den entsprechenden Rücksichten der Sicherheit selbst in anderen Anstalten, z. B. in Korrektionshäusern, Strafklöstern, in Instituten für verwahrloste Jugend und dergleichen zu unterbringen.

Die beiden Modifikationen der Gefängnißhaft, nämlich die Einzelnhaft und die einsame Dunkelhaft, sind in unserem Strafgesetze als Nebenstrafen in Anwendung. Die Anhaltung in Einzelnhaft darf ununterbrochen nicht länger als einen Monat dauern, und dann erst wieder nach einem Zwischenraume von einem Monate in Anwendung gebracht werden. Uebrigens hat der Sträfling auch während derselben täglich mindestens zwei Besuche durch eine der Aufsichtspersonen der Strafanstalt zu empfangen, und es ist ihm angemessene Beschäftigung zuzuweisen (§. 22). Die Einzelnhaft in dieser Ausdehnung dient zur Verschärfung der Verbrechensstrafen (§. 19). Für Vergehen und Uebertretungen jedoch darf sie mit derselben Zwischenzeit eines Monates höchstens vierzehn Tage dauern.

Die Dunkelzelle, mit welcher nothwendigerweise die Einzelnhaft verbunden sein muß, ist eine nicht nur an sich, sondern auch durch ihre Kombination mit der Einzelnhaft bedeutend strengere Stufe der Verschärfung. Das Gesetz ist daher auch in ihrer Ausmessung weit sparsamer, indem die einsame Einsperrung in dunkler Zelle ununterbrochen nicht länger als drei Tage, dann erst wieder nach einem Zwischenraume von einer Woche und im Ganzen höchstens dreißig Tage in einem Jahre stattfinden kann (§. 23). Noch eingeschränkter ist sie in Fällen von Vergehen und Uebertretungen, wo sie ununterbrochen nicht länger als vierundzwanzig Stunden, dann erst wieder nach einem Zwischenraume von einer Woche, und während der ganzen Strafdauer höchstens zehnmal stattfinden kann.

Beide eben beschriebenen Strafarten sind streng und empfindlich; sie als Hauptstrafe zu adoptiren, wäre, was die Dunkelzelle betrifft, entschieden grausam, und daher verwerflich, was jedoch die Einzelnhaft betrifft, immer noch allzuhart und dem Wohle des Sträflings gefährlich, wie die neueren Erfahrungen beweisen, obwohl diese Frage immer noch für offen erklärt werden muß, und erst in neuester Zeit der erfahrenste Strafrechtsgelehrte Deutschlands, der greise Mittermaier, die Feder für die Einzelnhaft zu wiederholten Malen ergriffen hat. Wir stimmen gegen die Einzelnhaft als Hauptstrafe und behalten uns vor, unsere Gründe am betreffenden Orte niederzulegen. Es scheint uns daher ganz recht, daß auch die österreichische Gesetzgebung diese Idee wie-

der fallen ließ [1]), und den Endspruch der Wissenschaft und der Erfahrung abwartet. Nicht zu leugnen ist jedoch, daß sich beide Strafen vortrefflich zu Nebenstrafen, und da dieselben auch als Disziplinarstrafen in Anwendung zu kommen haben (§§. 90 und 91 der Instruktion von 1854), als Zuchtmittel in Strafhäusern eignen. Gerade die Gegner der körperlichen Züchtigung müssen auf solche Mittel Gewicht legen, welche ohne pernizioser Einwirkung auf die sittliche Basis des Sträflings dennoch ein gefürchtetes, daher erfolgreiches Mittel sind, um zugleich hohe Schuldgrade und verkommene rohe Naturen empfindlich zu treffen, als auch unbändige Gefangene zu Paarem zu treiben. So ist insbesondere die Dunkelhaft eine äußerst empfindliche Strafe, die ganz danach beschaffen ist, die körperliche Züchtigung zu ersetzen. Sollte sie immer noch nicht hinreichen, so kann man sie mit hartem Lager und mit der Faste kombiniren. Doch scheint es sehr zweifelhaft, daß eine solche Strenge je nöthig werden sollte. Was für Individuen setzt das voraus, welche in den Finsternissen einer geschaffenen Blindheit noch immer nicht zu Paarem getrieben werden sollten!

Die Schreckniße der Einzelnhaft hat das Gesetz entsprechend durch den täglich wenigstens zweimaligen Besuch und entsprechende Beschäftigung gemildert; sollte da — wenn einst die körperliche Züchtigung entfallen sollte — nicht eine nöthigenfalls noch strengere Stufe anempfohlen werden können, welche darin bestände, daß die Einzelnhaft in aller ihrer empfindlichen Konsequenz, nämlich ohne Besuch und ohne Beschäfgung, jedoch dafür in verhältnißmäßiger Abkürzung, z. B. von vierundzwanzig Stunden bis zu drei Tagen durchgeführt werde? Man sollte glauben, daß die vier Abstufungen: Einzelnhaft mit Besuch und Beschäftigung in dem gesetzlichen Ausmaße; Einzelnhaft ohne Besuch und Beschäftigung bis zu drei Tagen; einsame Dunkelzelle; und einsame Dunkelzelle mit hartem Lager und Fasten nicht nur die körperliche Züch-

[1]) Allerhöchste Entschließung vom 24. August 1849 ordnet an, daß die Einzelnhaft in Zukunft auf alle Untersuchungsgefangenen (!?) und auf die zu Gefängniß- oder Kerkerstrafe Verurtheilten, welche ihre Strafe nach den Gesetzen bei den Landesgerichten, Bezirkskollegial- oder Bezirksgerichten zu vollstrecken haben (siehe die Instruktion von 1854 im Zusammenhalte mit §. 324 St. Pr. O.), angewendet werde, und daß daher die Einzelnhaft bei allen Neubauten von Gefängnissen für diese Gerichte unbedingt, bei Adoptirungsbauten aber, so weit es die ämtlichen Verhältnisse zulassen, in Anwendung zu bringen sind. — Da jedoch das neue Strafgesetz die Einzelnhaft nur als Verschärfung und nicht als Hauptstrafe angenommen hat, so dürfte es von der Anordnung der Entschließung wohl abgekommen sein.

tigung zweckmäßig ersetzen, sondern auch für alle Varianten zuchthäuslicher Schlechtigkeit und Ungeberdigkeit vollkommen ausreichen sollte.

Die Landesverweisung (Abschaffung aus sämmtlichen Kronländern bei Vergehen und Uebertretungen) ist eine Strafschärfung, welche nur gegen Verbrecher, die Ausländer sind, Statt haben kann, und sich allezeit auf sämmtliche Kronländer des österreichischen Kaiserstaates erstrecken muß. Es gibt, wie schon gesagt, nur den Fall des §. 40, in welchem die Landesverweisung ausgesprochen werden muß, wobei zu bemerken ist, daß nicht einmal das Oberlandesgericht, sondern nur der oberste Gerichtshof dieselbe nachzusehen berechtigt ist (§§. 305 und 311 St. Pr. O.). Wenn jedoch die Landesverweisung (Abschaffung) verhängt wird, so muß sie für immer ausgesprochen werden, was sich daraus ergibt, daß das Gesetz weder im §. 25 noch im §. 249 eine Zeitbeschränkung gestattet, dagegen in den §§. 286 und 305 St. Pr. O. weder dem Gerichtshofe erster, noch dem zweiter Instanz die Milderung dieser Strafe, daher auch ihre Verwandlung in zeitliche Strafe gestattet. Ein weiterer Beweis des Behaupteten ist der, daß das Gesetz überall dort, wo es zwischen zeitlicher und immerwährender Verweisung unterscheidet, dieses ausdrücklich erwähnt. So im §. 249, worin die Abschaffung aus einem Orte oder aus einem Kronlande im Gegensatze zu jener aus sämmtlichen Kronländern mit dem angegebenen Unterschiede statuirt sind, eben so in den §§. 323 und 324, wo von der Rückkehr eines Verwiesenen gesprochenen wird. Diese wird daselbst als Uebertretung bestraft.

Die Abschaffung aus einem Orte oder aus einem Kronlande dagegen wird entweder auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit verhängt, und kann sowohl gegen Inländer als gegen Ausländer erkannt werden, wenn auch das Gesetz selbst überall dort, wo sie den Ausländer abgeschafft wissen will, die Abschaffung immer auf sämmtliche Kronländer ausdehnt. Denn das Strafgesetz von 1803 hat im entsprechenden Paragraphe nach den Worten: „findet Statt" die Worte: „gegen österreichische Unterthanen" eingeschaltet, welche im neuen Gesetzbuche weggelassen wurden, was darauf hindeutet, daß diese Strafe auch gegen Ausländer ausgesprochen werden darf. Sie wird allerdings im praktischen Leben wohl sehr selten in Anwendung kommen, nämlich überall dort, wo der oberste Gerichtshof die Strafe in Abschaffung aus einem Orte oder Kronlande im Milderungswege (§. 311 St. Pr. O.) verwandelt hat, oder in jenen wenigen Fällen (§. 300: Herabwürdigung der Verfügungen der Behörden ꝛc.; §. 305: Herabwürdi-

gung der Einrichtungen der Ehe ꝛc.; §. 320 lit. c. und g.: Uebertretungen gegen die Meldungsvorschriften der zur Beherbergung Berechtigten und Derjenigen, die sich eines fremden Ausweises bedienen), wo die Abschaffung nach richterlichem Ermessen gestattet ist.

Die Abschaffung aus einem Orte lautet nach Ministerial-Verordnung vom 10. Mai 1852 immer auf den ganzen Polizei-Rayon, zu welchem dieser Ort gehört, damit der Zweck der Abschaffung dadurch nicht vereitelt und die öffentliche Sicherheit nicht verletzt werde, daß sich der Abgeschaffte im nächsten, zum nämlichen Polizei-Rayon gehörigen Orte ansiedele. Hierher gehört auch noch die Justizministerial-Verordnung vom 19. Mai 1858, wonach auf die Strafe der Abschaffung aus demjenigen Orte nicht erkannt werden kann, zu welchem der zu Verurtheilende gesetzlich zuständig ist.

Die Rückkehr eines Abgeschafften wird als eine Uebertretung nach §. 324 bestraft.

Die Regelung der Vorschriften über die Stellung abgestrafter Verbrecher unter Polizeiaufsicht und die Bestimmung, in wie ferne die Gerichte dabei Einfluß nehmen, bleibt nach dem letzten Absatze des §. 26 besonderen Anordnungen vorbehalten. Diese besonderen Anordnungen sind bis jetzt noch nicht erschienen, und es klafft hier eine tiefe Lücke in unserer Strafgesetzgebung über eine Partie des Strafrechtes, die für die bürgerliche Freiheit, insbesondere im konstitutionellen Staate, von der allergrößten Wichtigkeit ist.

Alle Gesetzgebungen Deutschlands haben mit größerer oder kleinerer Sorgfalt, immer aber mit Nachdruck auf die Sache, die Stellung unter Polizei-Aufsicht in den Strafgesetzbüchern, wohin dieselbe ganz und gar gehört, normirt. Es ist zu bedauern, daß unser Gesetz diesen Gegenstand aus dem Strafgesetzbuche in ein besonderes Gesetz verwies, noch mehr aber, daß bis jetzt noch immer kein derartiges Gesetz erschien. Das unlängst in's Leben getretene Gesetz über den Schutz persönlicher Freiheit wird hierin keinen wohlthätigen Einfluß üben, weil es persönlich freie Bürger voraussetzt. Die Stellung unter Polizei-Aufsicht hingegen ist eine Folge des begangenen Verbrechens, und da sie ein Uebel ist, so ist sie hiedurch Strafe, nämlich eine Freiheitsstrafe; es handelt sich da nicht erst um einen motivirten Verhaftsbefehl oder eine Hausuchung, sondern um die Durchführung eines Strafurtheils.

Die Stellung unter Polizei-Aufsicht ist durch und durch Rechtssache, die nur im Strafurtheile ihren Grund zu suchen hat; so lange

ein Gesetz noch vorbehalten bleibt, wird die Polizei-Aufsicht rein nur der Willkür der Polizeigewalt überlassen bleiben, wie es in der That, wir glauben nicht zum Vortheile der strikten Gerechtigkeit, der Fall ist; während die Polizei nichts sein und bleiben sollte, als das Organ für die Exekutirung des richterlichen Urtheils [1]). Eine Menge der wichtigsten Fragen, dem bürgerlichen Erwerbe, der persönlichen Freiheit, der Unabhängigkeit in den vier Pfählen des Hauses, der Freizügigkeit ꝛc. höchst wichtigen Fragen: wer? in Folge welchen Verbrechens? auf wie lange? und wie? unter welchem und wessen Schutze? bleiben unbeantwortet, oder vielmehr es antwortet darauf die Willkür einer Behörde, deren Ressort andere Rücksichten sind, als die des Rechtes, und diese können wir nicht zu einem Gegenstande *systematischer* Untersuchung machen. Bis zu jenem Zeitpunkte also, wo durch ein Gesetz die Stellung unter Polizei-Aufsicht geregelt werden wird, ist diese Frage in der Wissenschaft des österreichischen Strafrechtes eine offene. Der §. 517 der St. Pr. O. [2]) bringt auch nicht das mindeste Licht hinein, im Gegentheile, er legt den Schwerpunkt in die politische Landesbehörde, und

---

[1]) Der letzte Absatz des §. 26 sagt: „in wie ferne die Gerichte dabei Einfluß zu nehmen haben;" — also sie werden überhaupt einen haben, aber das künftige Gesetz wird erst bestimmen, wie weit er zu gehen haben wird. Es scheint darauf hingedeutet zu sein, daß dieser Einfluß nicht bis zum Ende gehen, sondern daß noch eine andere Behörde (offenbar ist die Polizeibehörde gemeint) ebenfalls ihren Einfluß geltend zu machen haben wird. Dagegen müssen wir vom Standpunkte der Wissenschaft protestiren, weil in Strafsachen Niemand Strafe zu diktiren berufen sein kann, als die Justizbehörde. — Daß der österreichische Gesetzgeber noch ein anderes Element neben dem rechtlichen in dieses künftige Gesetz aufnehmen will, deutet auch der Ausdruck „besondere Anordnungen" an, welcher so viel bedeutet, wie: von der Strafrechts*materie* abgesondert, oder: gemischten Inhaltes.

[2]) (§. 317 St. Pr. O., zweiter Absatz.) Ueberzeugt sich das Strafgericht aus dem gepflogenen Strafverfahren, daß die unbedingte Entlassung eines solchen Beschuldigten aus dem Verhafte oder *eines Verurtheilten nach ausgestandener Strafe* aus dem Straforte für die öffentliche Sicherheit sehr bedenklich sein würde, so hat es die angemessene Mittheilung darüber rechtzeitig an das Oberlandesgericht zu machen, welches dieselbe an den politischen Landeschef zu leiten hat. Es hat ferner nach §. 2 der Justizministerial-Verordnung vom 5. März 1853 die Verwaltung jedes Strafortes in der zehnten Rubrik der ihr gleichzeitig mit dem Verurtheilten zukommenden Auskunftstabelle die Bemerkung über das Betragen des Sträflings während der Strafzeit einzuschalten, diese zu unterfertigen, und sofort die Tabelle an Orten, wo sich eine Polizei-Direktion oder ein selbstständiges Polizei-Kommissariat befindet, diesen, sonst aber der politischen Bezirksbehörde, in deren Bezirke sie sich befindet, in solcher Zeit zu übersenden, daß durch diese Behörden noch vor dem letzten Tage der Strafdauer bestimmt werde, ob der Sträfling unbedingt oder mit welchen Vorsichten aus dem Straforte zu entlassen, oder ob er vor dieselben zu stellen sei.

ſomit aus dem rechtlichen auf das politiſche Feld, was unſeres Erachtens niemals gutgeheißen werden kann.

ad 4. Eigentliche Ehrenſtrafen, d. i. ſolche, wodurch die bürgerliche Ehre des Verurtheilten entweder gänzlich oder partiell aufgehoben wurde (bürgerlicher Tod und Ehrloſigkeit), gibt es nach modernem Strafrechte und auch nach öſterreichiſchem Rechte nicht mehr, die Begründung und Beurtheilung dieſes Faktums ſparen wir uns auf die Theorie vom Strafſyſteme auf, und verweiſen indeſſen dahin. Was man jedoch heutzutage unter Ehrenſtrafen verſteht, iſt nichts als die Beſchränkung oder Entziehung gewiſſer vom Staate entweder unmittelbar oder von Anderen jedoch unter Autorität des Staates verliehenen Ehren, Würden, Dienſte und Konzeſſionen, ſo wie der aus ihnen fließenden Rechte und Vortheile, welche in ihrem Inbegriffe theils die allgemeine politiſche Ehre, theils eine beſondere Amts- oder Standesehre ausmachen. Ihr Objekt iſt daher nicht die bürgerliche Ehre, d. h. die Geltung und Anerkennung der allgemeinen Menſchenwürde und der Würde eines Staatsbürgers, ſondern gewiſſe Rechte, welche jedoch aus ehrenhaften politiſchen Stellungen fließen. Ihre Materie iſt alſo eine Schmälerung der ſubjektiven Rechtsſphäre, nicht eine gänzliche oder theilweiſe Vernichtung der ſubjektiven Ehre, und daher iſt ihre Bezeichnung nur eine ſehr uneigentliche. Weil es nun nicht die allgemeine zu den Bedürfniſſen der bürgerlichen Exiſtenz in Bezug ſtehende Rechtsſphäre iſt, welche das Subſtrat dieſer Strafart ausmacht, ſondern diejenige, welche aus jener ihr Individuum blos auszeichnenden vor anderen ehrenden Stellung erſt hervorgeht, mit einem Worte, weil das charakteriſtiſche Merkmal dieſer Strafart eben in dem Angriffe auf die Ehrenrechte beſteht, heißt ſie Ehrenſtrafe. Darin liegt zugleich die Erklärung und das Verſtändniß der Ehrenſtrafe, ſo wie ihre Rechtfertigung.

Es laſſen ſich nämlich alle Rechte, welche aus der Rechtsſphäre des einzelnen Staatsbürgers fließen, und welche auch zugleich das mögliche Objekt der Ehrenſtrafe ſein können, nach einer gewiſſen Cynoſur in zwei Theile getheilt denken. Die einen ſind die Bedingung der normalen bürgerlichen Exiſtenz; werden ſie angegriffen, ſo wird jene gefährdet; die anderen dienen dazu, das bürgerliche Wohlſein zu erhöhen, ihre Individuen vor andern hervorzuheben, auszuzeichnen, und ihnen eben hiemit eine im Verhältniß zur normalen bürgerlichen Exiſtenz angenehmere, den menſchlichen Beſtrebungen zuſagendere, daher das politiſche Wohlſein erhöhende Stellung zu verleihen.

Man kann nun alle Rechte, welche aus einer solchen Erhöhung über die normale Existenz im Staate fließen, im weiteren Sinne Ehrenrechte nennen, und sie zum Objekte einer Strafe — der Ehrenstrafe — machen.

Je entbehrlicher solche Rechte für die Existenz sind, um desto mehr eignen sie sich zu Ehrenstrafen, aus dem doppelten Grunde, daß sich das Bewußtsein des Volkes von ihrem ehrenvollen Charakter an sie knüpft, und weil sie ihr Individuum um so empfindlicher treffen, ohne doch die Bedingungen der bürgerlichen Existenz zu untergraben; je näher sie daher diesen letzteren liegen, desto vorsichtiger muß von ihnen Gebrauch gemacht werden, desto mehr bedrohen sie die bürgerliche Existenz, ohne doch die Eitelkeit und den Stolz eines ehrgeizigen Staatsbürgers (wir meinen diese Eigenschaften im edlen Sinne des Wortes) genugsam zu treffen.

Wie weit man hier zu gehen hat, wird die Theorie lehren, hier handelt es sich nur darum, wie weit das österreichische Gesetz gegangen ist. Das österreichische Gesetz nennt die Ehrenstrafen: „Gesetzliche Wirkungen der Verurtheilung" (§§. 26—30 I. Theil) und „Verlust von Rechten und Befugnissen" (§§. 242 und 243 II. Theil).

Man kann sie sämmtlich nach dem obigen Merkmale, je nachdem sie blos gegen die Vorzüge der politischen Stellung eines Staatsbürgers oder gegen die Rechte des Staatsbürgers überhaupt gerichtet sind, in zwei Klassen theilen. Die erste kann man Ehrenstrafen im engeren Sinne, die zweite Einschränkung der Dispositionsfähigkeit nennen. Sie lassen sich ferner nach der Kategorie der strafbaren Handlung, worauf sie gesetzt sind, in solche theilen, welche mit jedem Verbrechen, und in solche, welche blos mit der Todes- und schweren Kerkerstrafe verbunden sind.

Ehrenstrafen im engeren Sinne sind nun, und zwar als Wirkungen blos der Todes- und schweren Kerkerstrafe: 1. Der Verlust des Adels. Ist der Verbrecher vom Adel, so muß dem Strafurtheile beigefügt werden, daß er des Adels verlustig wird. Doch trifft dieser Verlust nur ihn allein, folglich weder seine Ehegattin, noch die vor dem Strafurtheile erzeugten Kinder. Als Wirkungen jeder Verurtheilung wegen eines Verbrechens: 2. Die Abnahme[1]) aller in- und ausländi-

[1]) Die Abnahme, nicht der Verlust. Ob die Dekoration nach ausgestandener Strafe wieder getragen werden dürfe, entscheiden jene Vorschriften, auf welche im vorletzten Absatze des §. 26 hingewiesen ist. Es sind das Justizhofdekret

lichen Orden, Zivil- und Militärzeichen. 3. Der Verlust aller öffentlichen Titel, akademischen Grade und Würden und die Entziehung des Rechtes, solche ohne Bewilligung des Kaisers neu oder wieder zu erlangen. 4. Die Ausschließung von der verantwortlichen Redaktion periodischer Druckschriften, welche Bestimmung mit dem §. 12 der Preßordnung, welcher von dem Redakteur eine „tadellose Moralität" fordert, zusammengehalten werden muß, so daß die Redaktion in dieser Beziehung nicht als eine Art des bürgerlichen Erwerbes, sondern als besonders ehrenhafter Beruf aufgefaßt wird. 5. Der Verlust jedes öffentlichen Amtes oder Dienstes, mit Einschluß des Lehramtes, und die Unfähigkeit, ohne ausdrückliche Erlaubniß des Kaisers, solche neu oder wieder zu erlangen. 6. Bei Geistlichen die Entsetzung von der Pfründe und die Unfähigkeit, ohne ausdrückliche Bewilligung des Kaisers je wieder eine solche zu erlangen [1]). 7. Der Verlust der Richteramts-, Advokaturs- und

---

vom 6. Oktober 1838, wonach Se. Majestät, ohne eine allgemeine Regel auszusprechen, rücksichtlich der Orden Folgendes anordnete: Wenn ein Ordensritter eines Verbrechens (oder einer schweren Polizei-Uebertretung) schuldig erkannt (oder nur ab instantia absolvirt) wird, ist mit Beilegung des Urtheils und der Beweggründe der Ordenskanzlei die Eröffnung zu machen, welche hierüber die Allerhöchste Entschließung einholen wird. (Da die Ordensverleihung eine Gnadensache ist, so wurde konsequent von Rechtswegen keine Norm aufgestellt.) Bis dahin darf der Ordensritter von der Dekoration keinen Gebrauch machen, weshalb sie ihm bei der Kundmachung des Urtheils abzunehmen ist. In Rücksicht der Mitglieder ausländischer Orden hat diese Eröffnung an die k. k. geheime Haus-Hof- und Staatskanzlei zur geeigneten Mittheilung an die auswärtige Regierung zu geschehen. Dasselbe gilt nach den erweiterten Statuten des Franz-Josef-Ordens vom 25. Dezember 1850 in Bezug auf den Verlust dieses Ordens wegen Vergehungen. Was andere Ehrenzeichen betrifft, so bestimmt die Allerhöchste Entschließung v. 20. Juli 1835, daß der Verlust der Zivilehrenmedaille und der Tapferkeitsmedaille für alle zur Zeit der Aburtheilung unter der Zivilgerichtsbarkeit stehenden Individuen nur mit der Verurtheilung zur schweren Kerkerstrafe verbunden sein soll, bei der Verurtheilung zu einfachem Kerker aber nur die Ablegung der Ehrenzeichen während der Strafdauer einzutreten habe. Die Hofdekrete vom 20. Juni 1818 u. 20. April 1827, dann der Erlaß des Kriegsministeriums vom 23. September 1849, endlich §. 6 der Statuten für das Zivilverdienstkreuz von 1851 bestätigen dieselben Grundsätze auch für den Verlust des Metall-Armeekreuzes, des älteren Militär-Distinktionszeichens, des Militär-Dienstzeichens und des Zivil-Verdienstkreuzes, welches an die Stelle der Zivil-Ehrenmedaillen getreten ist.

[1]) Diese Strafe ist eine einfache, durch die weltliche Macht ausgesprochene amotio a beneficiis, und ist wohl von allen jenen Strafen zu unterscheiden, welche die Kirche aus eigener Machtvollkommenheit und für sich verfügt, als: depositio und degradatio und andere Klerikalstrafen. Diese kann die Kirche noch neben der weltlichen Strafe eben so zufügen, wie überhaupt Kirchen- gegen alle Mitglieder der Kirche wegen Verbrechen, welche zugleich

Notariatsbefähigung, der öffentlichen Agentien und jeder Parteienvertretung vor den öffentlichen Behörden. 8. Entziehung aller auf die Pensionsvorschriften gegründeten Pensionen, Provisionen, Erziehungsbeiträge oder sonstigen Bezüge, so wie aller Gnadengaben [1]).

Die mögliche Wiedererlangung des entzogenen Vortheils durch die kaiserliche Gnade muß auch für jene Fälle behauptet werden, in denen es vom Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist, weil diese ein Souverainetätsrecht ist, welches hierin keine Einschränkung erleidet. Wenn dies, wie kaum bezweifelt werden könnte, richtig ist, so folgt von selbst, daß das österreichische Strafrecht keine zeitlichen Ehrenstrafen im Gegensatze zu beständigen, wie sie manche deutsche Gesetzbücher statuiren, kennt.

Alle übrigen Ehrenstrafen gehören in die zweite Kategorie, das heißt sie bestehen in der Beschränkung der persönlichen Dispositionsfähigkeit nach verschiedenen Rücksichten, theils in Rücksicht auf Eingehung von Rechtsgeschäften, theils in Rücksicht auf Erwerb, auf Produktion und dergleichen. Gesetzliche Wirkungen nur der Todes- und schweren Kerkerstrafe ist: 1. Der Verbrecher kann, so lange seine Strafzeit dauert, weder unter Lebenden ein für ihn verbindliches Geschäft schließen, noch einen letzten Willen errichten. Seine vorigen Handlungen oder Anordnungen aber verlieren wegen der Strafe ihre Giltigkeit nicht. Es ist die aktive, nicht aber die passive Testamentsfähigkeit, und hängt mit den §§. 279, 868, 574, 538, 540 bis 543 des bürgerlichen Gesetzbuches zusammen. In ersterer Beziehung

---

kirchliche Verbrechen sind. Es sind in dieser Beziehung sogar jene Verordnungen, durch welche die Kirchengewalt bisher gehindert war, Kirchenstrafen, die auf bürgerliche Rechte keine Rückwirkung üben, zu verhängen durch §. 3 der kaiserlichen Verordnung v. 18. April 1850 außer Kraft gesetzt worden. Dem entsprechend bestimmt die Justizministerial-Verordnung v. 3. Septemb. 1850, daß die Behörden in dem Falle, wenn ein katholischer Geistlicher wegen Verbrechen oder Vergehen rechtskräftig verurtheilt worden ist, dem Bischofe die Verhandlungsakten auf sein Verlangen mitzutheilen haben. Hiemit übereinstimmend lautet auch der §. 320 St. Pr. O. dahin, daß jedes rechtskräftige Urtheil eines Mitgliedes des geistlichen Standes vorläufig von dem Strafgerichte dem Bischofe oder geistlichen Oberhaupte, dessen Sprengel der Verurtheilte angehört, bekannt zu geben ist, damit noch vor Vollziehung des Strafurtheils über die Entsetzung von der geistlichen Würde verfügt werden könne. Erfolgt diese Verfügung nicht binnen dreißig Tagen, so ist das Strafurtheil ohne Weiteres in Vollzug zu setzen.

[1]) Damit die hier aufgezählten Ehrenstrafen durchgeführt werden könnten, muß nach §. 321 St. Pr. O. eine Abschrift des rechtskräftigen Urtheils von der Strafbehörde derjenigen Behörde mitgetheilt werden, welcher die diesfalls erforderlichen Vorkehrungen zustehen (siehe auch Justizministerial-Verordnung vom 12. November 1854).

wird der Verurtheilte zu einem Kuranden (§. 279 bürgl. G. B.). Wirkungen jeder Verurtheilung wegen eines Verbrechens sind: 2. Ein großer Theil jener Bestimmungen, welche in den im vorletzten Absatze des §. 26 angezogenen und bestätigten bürgerlichen, politischen und kirchlichen Vorschriften enthalten sind, wenn sie mit der Verurtheilung wegen eines Verbrechens noch anderweitige nachtheilige Folgen verknüpfen. Solcher Nachtheile gibt es sehr viele, und sie sind in dem bürgerlichen Gesetzbuche, in der Gerichtsordnung, im Handels- und Wechselrechte, in der Gewerbeordnung, im Preßgesetze, in den Verfassungsgesetzen des österreichischen Kaiserstaates, so wie in den einzelnen Landesordnungen enthalten (z. B. Unfähigkeit zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes, §. 29 bürgl. G. B.; Unfähigkeit, Testamentszeuge zu sein, §. 592 ebd.; Ausschließung aus einer Erwerbsgesellschaft, §. 1210 ebd.; §§. 56, 68, 109, 115 und viele andere des bürgl. G. B.; ferner: Bedenklichkeit der Zeugenaussage und des Kunstbefundes im Zivilprozesse, §§. 140, 142, 143, 191 allg. Ziv. Pr. O.; Nichtzulassung zur Ablegung eines angebotenen Eides, Ausschließung von dem Amte eines Gemeinde-Ausschuß-Mitgliedes, Unfähigkeit zur Erlangung eines Großhandlungs-Gewerbes, eines Handelsbefugnisses, eines Hausirpasses, Ausschließung vom aktiven, vom passiven Wahlrechte für den Landtag .... und viele andere; endlich die Exkommunikation, Suspension, Degradation in kirchlichen Verbrechen u. s. w.). Die Paragraphe 25, 29, 251 und 252 (besondere Bestimmungen bei Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen durch Druckschriften) dann §. 30 (Bestimmungen wegen des Verlustes eines Gewerbes, eines Schiffspatentes und der Berechtigung zur Führung eines Kabotage-Fahrzeuges) handeln zwar ebenfalls von gewissen Uebeln, welche als Folgen von Verbrechen, und daher mit dem Charakter von Strafen auftreten. Sie sind aber durchaus keine Strafübel im Sinne des Strafrechtes, sondern sie gehören ganz und gar dem Gebiete der Präventiv- und Repressiv-Justiz des Preßgesetzes, so wie der Polizei- und Administrativ-Justiz an, und stehen somit, wenn auch im Kodex des österreichischen Strafrechtes, dennoch außerhalb seines materiellen Inhaltes. Sie sind somit kein Theil des österreichischen Strafsystemes, sondern Bestandtheile der diesfälligen administrativen, politischen und Preßgesetze. Würde das nicht schon durch die ganz eigenthümliche Stellung der genannten Paragraphe erhellen, so müßte der Wortlaut der §§. 28 und 251: „so ist nebst der gesetzlichen Strafe,“ [1]) und

[1]) Diesem steht der Inhalt der Justizministerial-Verordnung vom 3. April 1859 nicht entgegen. Es wird daselbst der Kautionsverfall allerdings eine „Strafe“

jener des §. 30: „Der Verlust des Gewerbes ist keine schon durch das Gesetz mit dem Verbrechen verknüpfte Folge, kann daher nicht durch das Strafurtheil ausgesprochen werden. Jedoch hat das Strafgericht, wenn der wegen eines Verbrechens Verurtheilte ein Gewerbe besitzt, nach kundgemachtem Urtheile die Akten an diejenige Behörde mitzutheilen, welcher die Verleihung eines solchen Gewerbes zusteht. In dem Falle, wenn es dieser Behörde bedenklich schiene, dem Verbrecher nach ausgestandener Strafe die Ausübung seines Gewerbes zu gestatten, hat sie die Entziehung des Gewerbes unter Beobachtung der bestehenden Vorschriften zu verfügen" — dies hinlänglich beweisen. Es sind dies administrative Vorschriften, welche jedoch der Strafrichter bei Erlassung des Strafurtheils unter Einem, und in dieser Beziehung als Organ des Administrativ-Gesetzes ausspricht.

ad 5. Die im österreichischen Strafgesetze rezipirten Vermögensstrafen lassen sich auf drei Kategorien zurückführen: auf Geldstrafen, Konfiskation einzelner Vermögensgegenstände und Verlust von Rechten und Befugnissen (§§. 240—243 II. Theil). Sie sind beinahe ausnahmslos Strafen (und zwar Hauptstrafen) gegen Vergehen und Uebertretungen. Die Geldstrafe verfällt jedesmal dem Armenfonde des Ortes, wo die strafbare Handlung begangen worden ist, und beträgt in der Regel zwischen fünf und fünfhundert Gulden. Ausnahmen kommen in beiden Richtungen vor, und zwar kann die Geldstrafe nach §. 266, wenn mehrere, und zwar solche Milderungs-Umstände zusammentreffen, welche mit Grund die Besserung des Schuldigen erwarten lassen (eben so wie die Arreststrafe in einen gelinderen Grad) unter den geringsten Strafsatz herabgesetzt werden [1]).

genannt, wozu Jemand „durch ein Straferkenntniß" verurtheilt worden ist, allein nur eine auf Grund des Strafgesetzes erkannte Strafe kann als solche im strafrechtlichen Sinne gelten, und darum sagt auch diese Verordnung: „alle sowohl im allgemeinen Strafgesetzbuche als in anderen Gesetzen verhängten Geldstrafen." Nun ist aber der §. 28 und §. 29 nur ein in das Strafgesetzbuch übertragener Paragraph der Preßordnung, und ist somit nicht selbst ein Theil des Strafgesetzbuches, daher, wenn auch Strafe, doch keine auf Grund des allgemeinen Strafgesetzes erkannte Strafe.

[1]) Siehe hiezu Verordnung des Justizministeriums vom 11. Februar 1855, welcher im §. 1 als möglich vorausgesetzt, daß durch das Strafurtheil eine Geldstrafe von weniger als fünf Gulden verhängt wurde. Eben so läßt das Waffenpatent vom 24. Oktober 1852 im §. 39 eine Geldstrafe von Einem bis zu fünf Gulden zu, und gestattet (§. 47) statt des Verfalls von Waffen und Munitionsgegenständen in sehr rücksichtswürdigen Fällen eine Geldstrafe von zwei bis fünfhundert Gulden (zugleich ist dies die einzige Ausnahme, wo die Konfiskation in eine Geldstrafe verwandelt werden kann).

Dagegen kann die Geldstrafe bei Vergehen gegen das literarische und artistische Eigenthum bis auf Eintausend Gulden steigen (§. 467); die Strafe der verbotenen Spiele kann bis auf neunhundert Gulden steigen (§. 522). Von unbestimmter Höhe sind die Geldstrafen der §§. 290 und 386, nämlich der Miethzins eines an eine geheime Gesellschaft vermietheten Hauses oder einer Wohnung, und der halbjährige Miethzins eines gegen die Vorschrift zu früh bezogenen neugebauten Hauses oder Gewölbes. Unbestimmt ist auch die Geldstrafe des Wuchers, wenn sie sich nach der Größe des Kapitals oder der Zinsen richtet.

Die Geldstrafen werden nach §. 327 der St. Pr. O. von dem Strafgerichte ohne Dazwischenkunft der Staatsanwaltschaft nach den darüber bestehenden besonderen Vorschriften eingebracht. Diese besondere Vorschrift ist die Justizministerial-Verordnung vom 11. Februar 1855, wonach die (scilicet nach Maßgabe der Gerichtsordnung über die Exekution) eingebrachten Geldstrafen von Fall zu Fall unter Benennung des Verurtheilten und unter Angabe des richterlichen Erkenntnisses an die Kasse des betreffenden Armen-Institutes abzuführen sind. Auch ist jedes Urtheil, wodurch auf eine Geldstrafe erkannt wird, sogleich dem Vorstande jenes Armen-Institutes, an welches die Strafe verfällt, im Auszuge mitzutheilen.

Von der Regel, daß die Geldstrafe nur gegen Vergehen und Uebertretungen gedroht wird, kennt unser Gesetz allerdings drei Ausnahmen (§§. 104, 105 und 221), wonach Geldstrafen auch gegen Verbrechen *als Strafschärfung* festgesetzt wurden, obgleich der §. 19 diese Strafart nicht besonders erwähnt hat. Es sind die Verbrechen der Geschenknahme in Amtssachen und der Verleitung zum Mißbrauche der Amtsgewalt, wonach einerseits das erhaltene Geschenk oder dessen Werth, andererseits das angetragene oder wirklich gegebene Geschenk zum Armenfonde des Ortes, wo das Verbrechen begangen wurde, erlegt werden muß. Nach §. 221 soll derjenige, welcher sich des Verbrechens der Vorschubleistung durch Verhehlung oder sonstige Begünstigung eines Deserteurs schuldig gemacht hat, nebstdem, daß er Einhundert Gulden an die Kriegskassa zu zahlen hat, mit Kerker zwischen sechs Monaten und Einem Jahre bestraft werden. Es ist ganz unzweifelhaft, daß wir es hier mit einer Geldstrafe im eigentlichen Sinne zu thun haben. Denn es bestätigt die Justizministerial-Verordnung vom 3. April 1859 ausdrücklich, daß alle, sowohl in dem allgemeinen Strafgesetzbuche als in anderen Gesetzen verhängten *Geld- und übrigen Vermögensstrafen, daher* insbesondere auch die mit der unerlaubten Geschenk-

nahme in Amtssachen und der Verleitung zum Mißbrauche der Amtsgewalt verbundene Verpflichtung zum Erlage des unerlaubten Geschenkes und die in Folge der Desertionsbegünstigung zu leistenden Zahlungen an die Kriegskassa, dann die Strafen des Verfalls von Kautionen, Waaren, Habschaften und anderen Gegenständen, wozu Jemand durch ein Straferkenntniß verurtheilt worden ist, auf die Erben des Verurtheilten übergehen, wenn der Tod des Letzteren erst nach eingetretener Rechtskraft des Straferkenntnisses erfolgt ist. Im Allgemeinen kann die für jede strafbare Handlung bestimmte Strafart nicht verwechselt, noch die Bestrafung durch Abkommen mit dem Beschädigten aufgehoben werden (§. 259). Aber gerade mit Bezug auf Geldstrafen und in Anbetracht ihres ganz besonderen Charakters, welcher sie einerseits im Verhältnisse zu den Vermögensumständen des Verurtheilten zu einem sehr relativen Strafübel macht, andererseits die Persolvirung der verwirkten Strafe außerordentlich vereinfacht und erleichtert, ohne doch die Eigenschaft einer gerechten Vergeltung und eines empfindlichen Uebels zu verlieren, hat das Gesetz zwischen ihr und der Arreststrafe eine Umwandlung in doppelter Richtung gestattet, und hiemit von obiger Regel eine Ausnahme aufgestellt (§§. 260 und 261). Wenn nämlich die Geldstrafe den Vermögensumständen oder dem Nahrungsbetriebe des zu Verurtheilenden oder seiner Familie zum empfindlichen Abbruche gereichen könnte, so ist anstatt der Geldstrafe auf eine verhältnißmäßige Arreststrafe, und zwar da, wo das Gesetz nicht etwas Anderes insbesondere vorschreibt, für je fünf Gulden auf Einen Tag zu erkennen. Darum muß nach §. 1 der Justizministerial-Verordnung vom 11. Februar 1855 in Strafurtheilen, durch welche eine Geldstrafe gegen eine Person verhängt wird, zugleich jene Arreststrafe ausgesprochen werden, welche im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe nach den Bestimmungen des §. 260 an deren Stelle zu treten hat. Kann sie in der That gar nicht oder nur theilweise eingebracht werden, so ist die Arreststrafe ganz oder nur im Verhältnisse des noch schuldigen Restes zu vollziehen. Lautet die Geldstrafe auf weniger als fünf Gulden, so ist die Arreststrafe in der Dauer von wenigstens zwölf Stunden auszusprechen. Eben so kann umgekehrt der Arrest des ersten Grades, jedoch nur bei besonders rücksichtswürdigen Umständen, in eine den Vermögensumständen des zu Bestrafenden angemessene Geldstrafe verändert, diese Strafverwechselung aber nie von der Wahl des zu Bestrafenden abhängig gemacht werden. Die Gesetzgebung erkennt in letzterer Verfügung einen Grundsatz an, der ganz und gar nur in

der Natur der Sache liegt, und eigentlich eine methodische Durchführung nicht blos bei der Umwandlung, sondern überhaupt im ganzen Umfange der Geldstrafen verdienen würde, wie wir in der Theorie der Strafen näher nachweisen wollen.

Die an Waaren, Feilschaften oder Geräthen wegen Vergehen oder Uebertretungen verwirkte Strafe verfällt ebenfalls dem Armenfonde des Ortes, wo die strafbare Handlung begangen worden. Ist der Verfall vom Gesetze ausdrücklich angeordnet worden, so kann er weder von der ersten Instanz noch von dem Oberlandesgerichte nachgesehen oder gemildert, daher auch nicht in eine andere Strafe verwandelt werden (§§. 286 und 305 St. Pr. O.).

Lautet das Strafurtheil auf Verfall von Waaren, Feilschaften oder Geräthen, die Vernichtung oder Zerstörung von Geräthschaften oder anderen Gegenständen, den Verlust eines Gewerbes oder anderer Rechte und Befugnisse; so hat sich das Strafgericht, in so ferne es die Vollstreckung nicht unmittelbar in Ausführung zu bringen vermag, mit denjenigen Behörden in das Einvernehmen zu setzen, in deren Wirkungskreis die Vorkehrung der hiezu erforderlichen Maßregeln einschlägt (§. 329 St. Pr. O.).

Auch hierin kennt unser Gesetz (obwohl geringfügige) Ausnahmen von der Regel, daß die Konfiskation nur eine Strafe gegen Vergehen und Uebertretungen sei, denn der Verfall von einzelnen Gegenständen des Eigenthumes wird an verschiedenen Stellen unserer Strafgesetze auch in Verbrechensfällen ausgesprochen. Es sind wenige Fälle, und es ist auch die ratio der Konfiszirung nicht dahin gerichtet, den Verbrecher in seinem Vermögen zu treffen, sondern vielmehr in Harmonie mit dem Abscheu gegen das begangene Verbrechen, um entweder diejenigen Werkzeuge, womit das Verbrechen begangen wurde (Messer, Pistole, Gewehr, Keule, überhaupt Waffen, dann Gifte, Schriften, Urkunden ꝛc.), oder aber jene Gegenstände, welche durch die verbrecherische Thätigkeit hervorgebracht wurden (Metall zur Hervorbringung falscher Münze, Platten, Pressen, Färbemittel zur Nachahmung öffentlicher Kreditspapiere; Gelder, Pläne, Schriften, Vorräthe einer revolutionären Propaganda; Bibliotheken einer hochverrätherischen Gesellschaft u. dgl.), zu vernichten, oder doch wenigstens ihnen durch Aufbewahrung oder Verkauf den gefährlichen Charakter zu benehmen.

Die Art und Weise, wie diese verschiedenen Gegenstände durch das Untersuchungsgericht zu erheben und für die Spezialuntersuchung Schlußverhandlung aufzubewahren sind, normirt das VII. Haupt-

stück der Strafprozeßordnung, insbesondere die §§. 91, 97—103; dann das IV. Hauptstück der Instruktion von 1854. Nach erfolgter Beendigung des Strafverfahrens werden die erhobenen Gegenstände entweder aus dem strafgerichtlichen Depositenamte in das zivilgerichtliche zur weiteren Amtshandlung übertragen, oder einer Partei ausgefolgt, oder zum Gebrauche bei einer allfälligen Wiederaufnahme der Untersuchung aufbewahrt, andere durch Zerstörung zu einem weiteren Gebrauche in seiner ursprünglichen Gestalt untauglich gemacht, oder zugleich vertilgt, oder endlich veräußrrt (§. 126 Instruktion). Letzteres geschieht auf dem Feilbietungswege (§. 127 ebenda). Das nämliche in der Instruktion enthaltene Verfahren haben auch die Bezirksgerichte sowohl im Strafverfahren wegen Verbrechen und Vergehen als wegen bloßer Uebertretungen zu beobachten (§. 128 ebenda).

Wir kommen endlich zu der Vermögensstrafe, welche in dem Verluste von Rechten und Befugnissen besteht. Rechte und Befugnisse sind nach den Grundsätzen unserer Zivilgesetze ein Theil des Eigenthumes, und deshalb ein Theil des Vermögens. Die bürgerlichen Vortheile, welche sie gewähren, dienen zur Erhöhung der materiellen Wohlfahrt der Staatsbürger, ihre Verkleinerung oder ihr gänzlicher Verlust ist daher in der That eine Verkleinerung des Vermögens, und sie sind somit wahre Vermögensstrafen (§§. 242 und 243 II. Theils). Das ist auch ihre eigentliche und maßgebende ratio im österreichischen Gesetze, mit Nichten jedoch jene anderen Elemente, welche darin noch liegen, und das Individuum ebenfalls als ein Uebel treffen. Und solcher Strafübel liegen in der That noch zwei darin, nämlich: ein beschämendes, so daß der Rechtsverlust zugleich als Ehrenstrafe wirkt, und ein polizeiliches, welches ferneren Schaden zu verhüthen strebt, indem es die Ausübung verschiedener Befugnisse strafend aufhebt, so z. B. das Geschäft eines Beschneiders jüdischer Neugeborener, wegen eines Vergehens gegen die Sicherheit des Lebens, die Geschäfte von Doktoren der Medizin, Hebammen, Chirurgen und Bader, wegen einer aus ihrem Berufsgeschäfte hervorkommenden strafbaren Handlung ꝛc. Beide diese Elemente jedoch bestimmen nicht den Charakter der Strafe, weil das Gesetz nur die Rechte und Befugnisse, d. h. die materiellen Vortheile, welche daraus fließen, aufgehoben wissen will, wie die Aufschrift des §. 242 schon anzeigt. Auch zählt das Gesetz den Rechtsverlust unter die Hauptstrafen, und zwar unmittelbar nach der Geld- und Konfiskationsstrafe, wogegen die Ehrenstrafen als bloße: gesetzliche Wirkungen angeführt sind und darin bestehen, daß die Würde oder Stellung, woraus materielle Vortheile fließen, selbst suspendirt wird, was hier nicht geschieht. So wie also die vom Gesetze adoptirten Ehrenstrafen auch ein Moment der Vermögensstrafen in sich tragen, so ist es umgekehrt bei den obgenannten Vermögensstrafen, nur liegt die ratio des Gesetzes da und dort nicht auf demselben Momente. Jenes Moment bestimmt aber den Charakter der Strafe, worauf das Gesetz die Strafe gründet. Der Verlust von Rechten und Befugnissen wird verhängt gegen graduirte oder andere ein Amt oder eine Beschäftigung unter öffent-

licher Beglaubigung ausübende Personen, gegen solche, die ein Handwerk oder Gewerbe als Bürger oder unter erhaltener obrigkeitlicher Bewilligung betreiben. Die Bestrafung wird auf bestimmte Zeit oder für beständig erkannt.

Regelmäßig verhängt das Gesetz den Rechtsverlust für beständig, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, ja es soll nach Justizministerial-Verordnung vom 29. Mai 1854 unter der Strafe des Verlustes von Rechten, Befugnissen oder Gewerben in allen Fällen, wo das Gesetz nicht eine besondere Bestimmung oder Beschränkung beifügt, nur der beständige Verlust derselben verstanden werden.

Auf bestimmte Zeit lautet die Strafe blos im §. 350 gegen Apothekergehilfen wegen schlechter Bereitung der Arzneien im dritten Betretungsfalle bis zur Ablegung einer neuerlichen Prüfung, in den §§. 356 und 357 gegen Heilärzte und Wundärzte wegen Verschulden aus Unwissenheit bis zur Ablegung einer neuerlichen Prüfung, im §. 384 wenn dem Baumeister ein Gerüst oder ein Gebäude einstürzt, bis zur neuerlichen Darthuung zureichender Kenntnisse in der Baukunst, im §. 498 gegen Heil- und Wundärzte wegen Aufdeckung der Geheimnisse der Kranken im ersten Betretungsfalle auf drei Monate.

Eine außerordentliche Milderung der Strafe des Rechtsverlustes steht nur dem obersten Gerichtshofe zu (§§. 286, 305, 311 und 427 St. Pr. O.).

Ist wegen eines Vergehens oder einer Uebertretung auf den Verlust eines Gewerbes zu erkennen, so ist dem Untersuchten auf keine Weise zu gestatten, während der Untersuchung oder vor dem gefällten Urtheile auf das Gewerbe zu verzichten. Ist in diesem Falle das Gewerbe ein persönliches, so erlischt für den Verurtheilten das Recht zum selbstständigen Gewerbsbetriebe zugleich; war aber das Gewerbe ein radizirtes oder verkäufliches, so ist der Verurtheilte wohl des Ausübungs-Rechtes verlustig, der für den Fall der Veräußerung dafür eingehende Kaufschilling aber ist keineswegs als verfallen zu erklären (§. 243).

Der letzte Satz dieses Paragraphes hat wohl nach der neuen Gewerbeordnung seine Bedeutung verloren.

Daß dieser Paragraph seinem Geiste nach mit dem §. 30 des I. Theils nicht parallel sei, leuchtet daraus ein, daß nach dem letzteren nicht das Strafgericht, sondern die zustehende Behörde den Gewerbeverlust auszusprechen habe, während nach dem ersteren die Strafbehörde selbst aus eigener Machtvollkommenheit denselben verhängt; dort ist die Maßregel eine polizeiliche, von der politischen Behörde zu verhängende, hier ist sie Strafe im strafrechtlichen Sinne.

VII.

Zur Theorie des Besitzes.

Vom Herrn Dr. Josef Ritter von Helm, k. k. Landesgerichtsrathe.

I. Artikel.

§. 1. Einleitung.

Vielfältig sind die Klagen, daß die Gesetze den Bedürfnissen der Gegenwart nicht entsprechen, einer Reform bedürfen und sie sind überall dort begründet, wo die Gesetze aus Rücksicht ihres höheren Alters constant zu erhalten gesucht werden, ohne von der Fortentwicklung der Wissenschaften und praktischen Verhältnisse der Gesellschaft stete Kenntniß zu nehmen. Wollte man der Autorität des Alters folgen, so könnte man nur gleich bei den Gesetzen der Römer bleiben und in die Bestimmungen derselben, so weit es eben ginge, die jetzigen Verhältnisse einzwängen. Dieß gelingt jedoch nicht. Die Fortentwicklung der praktischen Verhältnisse schließt jeden Stillstand aus, sie erschwert sogar jede künstliche Hemmung oder Mäßigung. Die Gesetze der Römer, oder mehr ihr Studium, ihre späteren Bearbeiter sind es, denen die Gegenwart die Grundlagen der meisten ihrer gesetzlichen Bestimmungen verdankt; sie sind es aber auch, welche wenigstens zum großen Theile verschuldet haben, daß die Entwicklung anderer Gesetze aus den von den römischen verschiedenen Verhältnissen zurückblieb und auch jetzt noch schwer wird, die alten römischen Prinzipien zu verlassen und andere durchgreifen zu machen, welche sich bei unbefangener Anschauung aus den gegenwärtigen Lebensbeziehungen abstrahiren lassen. Weit entfernt, den alten Streit über den Werth des römischen Rechtes wiederaufnehmen zu wollen, können wir doch die Bemerkung nicht unterlassen, daß bei der bisherigen Behandlung und Berücksichtigung desselben die unbestreitbare

Werthschätzung des Altehrwürdigen und Wissenschaftlichen ungebührlich mit Zuerkennung praktischer Anwendbarkeit und Zureichenheit verwechselt wird und ohne Grund ignorirt werden will, daß die alten Römer und späteren Gelehrten ihres Rechtes demnach irren konnten und in vielen Beziehungen geirrt haben. Die Gesetze mögen sich an der Hand der praktischen Erfahrung, selbstständig entwickeln, ohne darum den römischen Gesetzen den Charakter der historischen Grundlage fast aller bestehenden Rechte bestreiten zu wollen. Das römische Recht und seine zahllosen Bearbeiter mögen wie die Geschichte überhaupt erfaßt werden; sie geben eine Masse Erfahrungen, wovon nicht alle nachahmungswürdig, viele sogar abschrecken müssen, ohne daß darum der unschätzbare praktische Werth der Geschichte als solcher verringert würde. Das bürgerliche Recht fast aller Staaten ist von den Bestimmungen der römischen Gesetze derart durchwachsen, daß man kaum einzelne Bestimmungen daraus den geänderten Verhältnissen anzupassen vermag, ohne den ganzen Bau zu lockern, und daß die Bearbeiter der bestehenden Gesetze kein Bedenken tragen, diese aus den Normen des römischen Rechtes zu erklären, ohne durch den Zwang beirrt zu werden, der dem Sprachgebrauche angethan wird. Auch der gesetzliche Sprachgebrauch hat soviel behalten, was das Römer-Recht eingeführt und selbst der gemeinen Sprachgebrauche schon mitgetheilt, daß das Gesetz geradezu Gefahr laufen würde, nicht, oder unrichtig verstanden zu werden, wollte es manche Begriffe, selbst manche ganze Materien gründlich modificiren, sosehr die richtige Logik und die praktische Filosofie dabei beleidigt wird.

Nicht minder, als durch die ungebührlich hohe Achtung von dem Althergebrachten um seines Alters willen, wird die Gesetzreform beirrt durch den Einfluß der reinen und darum minder praktischen Doktrin, welche die dem allgemein praktischen Bedürfnisse allein entsprechende einfache, klare und bestimmte Gesetzes-Norm viel zu wenig von dem immerhin schätzenswerthen, vielleicht nebenher auch nothwendigen Gesetzes-Kommentar unterscheidet und dem Gesetze allgemeine Grundsätze theoretische Gründe und Unterscheidungen einverleiben läßt, welche, so richtig sie immerhin sein mögen, das ungeübte Auge die eigentliche Norm nicht finden lassen und zahlreiche Mißverständniße veranlaßen.

§. 2. Begriff vom Besitze, dessen Entwickelung.

An der Spitze der sogenannten dinglichen Sachenrechte wird im österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuche das Recht des Besitzes ge-

nannt und den Rechten des Eigenthumes, Pfandes, u. s. w. beigeordnet (§. 308 und I. Abth. 1. Kapitel des a. b. G. B.). Wenn man sich die Vorträge der Schule ins Gedächtniß zurückruft, wo mit so großer Ausführlichkeit die römische Lehre vom Besitze behandelt wurde und wenn man das große, diesem Gegenstande ausschließend geordnete Werk Savigny's*) wiederholt durchblickt, so hält man sich von der Richtigkeit all' des bisher über den Besitz und dessen Rechte Gesagten so überzeugt, daß kein Zweifel rege wird. Und doch dürfte sich Manches dafür sagen lassen, der Lehre vom Besitze, wenn überhaupt einen, jedenfalls einen von dem bisherigen verschiedenen Platz anzuweisen, wozu es nicht mehr bedarf, als die Begriffe zu prüfen und auf ihre einfachen Grundlagen zurückzuführen.

Um zu dem juridischen Begriffe des Besitzes zu gelangen, wie solcher den positiven Rechten des Besitzes und dem Institute der Ersitzung zu Grunde gelegt wird, kann, um gleich den wesentlichen Punkt zu treffen, nicht von jenem der Innehabung ausgegangen werden (§. 309 d. a. b. G. B.). Diese, als das Verhältniß, vermöge dessen man eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, durch Hinzutritt des Willens, die Sache als die seinige zu behalten, — zu dem Besitze gesteigert, — führt immer nur höchstens zu dem Begriffe des Eigenthumsrechtes, als des Rechtes, über die Substanz einer Sache nach Willkühr und mit Ausschließung aller Andern zu verfügen. Diese Begriffsbestimmung reicht bei weitem nicht aus, weder Material noch Formel, um den Besitz als dasjenige zu charakterisiren, als was er vom Gesetze selbst aufgefaßt wird. Als Substanz der Besitzrechte, wie als Grundlage der Ersitzung hat der Besitz eine viel weitere, allgemeinere Natur und muß für alle Rechte, besser für das Recht überhaupt gelten. Man spricht allgemein auch vom Besitze an Rechten und sollte eigentlich immer nur von diesem sprechen, da das Rechtssubjekt immer nur mit Rechten und durch diese erst mit den Sachen in Beziehung kommt; hier ist aber der Begriff der Innehabung und des daraus gebildeten Besitzes nicht ausreichend. Die Innehabung als Macht oder Gewahrsame rücksichtlich einer Sache setzt wenigstens, so lange man der Sprache und der gewöhnlichen Auffassung nicht Zwang anlegen will, eine körperliche Sache voraus, über welche einer Person die Verfügung zukommt. Sie ist ein rein thatsächliches Verhältniß und ent-

*) Savigny's „das Recht des Besitzes." — Ein Seitenstück dürfte Winiwarter's Abhandlung über den Besitz in Pratobevera's Materialien, 7. Bd. II S. 111—198, genannt werden.

behrt an sich jedes rechtlichen Charakters. Durch Hinzutritt des Willens, die Sache als die seinige zu behalten, wird sie zum Besitze. Auch dieser hat darum keine rechtliche Natur und doch soll er manche wichtige Rechte begründen! Nimmer kann der bloße Hinzutritt des Willens, die Sache als die seinige zu behalten, dort, wo es sich um Rechte handelt, das Wesen der Innehabung verändern, sie aus einem faktischen in einen rechtlichen Zustand verwandeln. Um die Begriffe der Innehabung und des Besitzes in juridischer Beziehung gebrauchen zu können, muß man sie allgemeiner halten, man muß die direkte Beschränkung auf eine Sache beseitigen und die Begriffe derart erweitern, daß sie auf alle Rechte, oder das Recht im Allgemeinen anwendbar werden.

Die Bemächtigung oder Gewahrsame einer Sache, vermöge welcher man beliebig und ausschließend über dieselbe zu verfügen vermag, — die Innhabung — könne meint man, *) entweder als die Ausübung des Eigenthumsrechtes, oder als ein blos faktischer Zustand gedacht werden, der letztere sei der Besitz, an sich ein bloß thatsächliches Verhältniß, welches aber, weil es wichtige Rechte begründet, als Rechtsverhältniß so lange geschützt wird, bis das Gegentheil, die blos faktische Natur erwiesen wird. Wenn die weite Anwendung des Begriffes vom Besitze in Betreff aller Rechte erwogen wird, so läßt sich, selbst ohne in dessen Natur tiefer einzugehen, der Besitz weder als bloße Aeußerung oder Ausübung des Eigenthumsrechtes, denn dann entfiele der Besitz bei allen andern Rechten, noch auch als blos faktisches Verhältniß ohne allen rechtlichen Gehalt auffassen, denn als solcher widerspricht er den Thatsachen der Erfahrung und den gewöhnlichen Erscheinungs-Verhältnißen, denen doch das praktische Recht und Gesetz entnommen und angepaßt werden muß; — auch wäre es sonderbar, ein evident rein faktisches Verhältniß mit rechtlichen Wirkungen zu verbinden, zur Quelle von Rechten mit Abbruch anderer wirklicher Rechte zu machen.

§. 3. Richtige Auffassung.

Bisher wird meist von einem nicht richtigen Begriffe des Eigenthumsrechtes ausgegangen, indem man darunter die Fälle des Rechtes überhaupt, welche in der freien willkührlichen Verfügung und Ausschließung aller Andern ihren Ausdruck findet, versteht. Die Befugniß in Betreff einer Sache, oder Person nach Willkühr zu verfügen und hievon jeder Andern auszuschließen, ist nicht der Inhalt des Eigenthums-

*) Prof. Stubenrauch Erläutr. des a. b. G. B., I. Bd. S. 630.

rechtes, sondern jener des Rechtes überhaupt, der Grundcharakter aller Rechte; jedes der vielen Rechte, welche man zu unterscheiden pflegt, muß, wenn alle minder verständlichen Ausdrücke und Begriffsbestimmungen vermieden werden, als die Befugniß, die Möglichkeit angesehen werden, in Rücksicht einer Person oder Sache in der Art, wie dieß im Begriffe des speciellen Rechtes gelegen ist, thätig zu sein und in dieser Thätigkeit nicht nur nach Willkühr vorzugehen, sondern jeden Andern von einer gleichen oder überhaupt beirrenden Thätigkeit auszuschließen So z. B. ist das Pfandrecht die Befugniß des Gläubigers, aus einer Sache im Falle der Nichterfüllung der Verbindlichkeit seine Befriedigung zu erlangen, verbunden mit der Befugniß, in dieser Rücksicht frei zu verfügen und jeden Andern davon auszuschließen. In der besondern Anwendung auf die Totalität einer Sache, deren Substanz und Nutzungen, ergibt sich das Eigenthumsrecht, als die Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache zu verfügen, darin willkürlich vorzugehen und jeden Andern davon auszuschließen. Die willkürliche Verfügung und Ausschließung jedes Andern ist sohin der Grundcharakter des Rechtes überhaupt, nicht des Eigenthumsrechtes insbesondere.

Der Begriff des Besitzes, da er auf alle Rechte anwendbar sein soll, kann daher nicht auf die Merkmale des Eigenthumes beschränkt, blos auf die willkührliche Verfügung mit einer als Eigenthum anzusehenden Sache eingeengt, sondern muß als der Ausdruck des Rechtes überhaupt, als Aeußerung oder Ausübung des Rechtes und als das Verhältniß angesehen werden, vermöge dessen eine Person über ein Rechtsobjekt willkührlich und ausschließend zu verfügen im Stande ist, ohne daß es dabei auf die die besondere Art des Rechtes charakterisirenden Gränzen der willkührlichen Verfügung, auf die Art und den Umfang der Thätigkeit ankäme, bezüglich, welcher die Ausschließung aller Andern stattfindet. Der Besitz ist die Ausübung eines Rechtes; — wer ein Recht ausübt, der besitzt, und wer besitzt, wird darin deßhalb geschützt, weil er ein Recht ausübt und nach natürlichen Rechtsgrundsätzen auch insolange als wirklich berechtigt angesehen werden muß, als nicht bewiesen wird, daß dasselbe Recht, welches der Besitzer ausübt, einem Andern, oder daß es gar nicht gebührt.

Auch wenn man die wirklichen Verhältnisse betrachtet, findet sich kaum ein sogenannter bloßer Besitzer, Jemand, der ein Recht äußerlich auszuüben scheint, ohne wirklich berechtigt zu sein, oder doch sich dafür zu halten und auszugeben, auch von Andern dafür gehalten zu werden. Von dem Zeitpunkte, als der Besitzer die Ueberzeugung ge-

winnt, beziehungsweise, als er sie nach den gelieferten Beweisen gewonnen haben muß, daß er nicht berechtigt, sondern blos Besitzer sei, verliert er den Anspruch auf rechtlichen Schutz; ja das positive Gesetz setzt diesen Zeitpunkt noch früher, nämlich bis dahin vor, wo der Besitzer an seiner Berechtigung auch nur zweifeln sollte, weil es denselben schon von Zustellung der Klage auf Anerkennung des fremden Rechtes an als unredlichen Besitzer behandeln läßt (§. 338 a. b. G. B.). Es gibt allerdings Fälle, wo der ein Recht Ausübende in der That kein Recht hat, gleichwohl aber solches ausübt, da er das Recht zu haben meint, und wieder Fälle, wo der das Recht Ausübende recht wohl weiß, daß ihm kein Recht zusteht, es aber gleichwohl ausübt und die Andern glauben machen möchte, als hätte er solches, zu diesem Ende jede Aufklärung über die materiellen Grundlagen seiner formalen Rechtsausübung ablehnt und darin auch unbeirrt bleibt, weil kein Grund zur Beanständigung vorliegt. Dieß wären die Fälle, wo der Besitz, als *rein faktisches Verhältniß* ohne rechtliche Grundlage erschiene. Doch selbst in diesen Fällen ist kein Grund, den Besitz als ein Selbstständiges, als besondere Quelle von Rechten anzusehen. Es ist an sich sonderbar, Jemanden um dessen willen Rechte zuzutheilen, weil er ein Recht ausübt, es gleichwohl aber nicht hat, sondern bloß zu haben glaubt, oder Andern glauben machen wollte; — es ist dieß auch nicht nöthig, um den Zweck zu erreichen, welcher eine solche Fiktion anstrebt.

In äußerer Beziehung rücksichtlich der Ausübung des Rechtes findet kein Unterschied statt, ob der Ausübende ein Recht hat, oder nicht; dieß ist die Voraussetzung. Wer sich äußerlich in der Ausübung eines Rechtes befindet, ist als berechtigt anzusehen, so lange das Gegentheil, der Mangel des Rechtes, sohin die blos scheinbare oder rechtslose Ausübung des Rechtes nicht bewiesen wird. Ohne alle positive Vorschrift und ohne eine besondere Theorie „des Besitzes" — ist dieser Schutz des in Ausübung eines Rechtes Befindlichen nach natürlichen Rechtsprincipien außer Zweifel. Jede Person als solche hat die Fähigkeit, Rechte (eigentlich das Recht) auszuüben und darum auch zu fordern, in dieser Ausübung nicht beirrt zu werden, weil sie sonst die Rechte, welche ihrem Grundcharakter nach eben in der unbehinderten und ungestörten Freiheitsäußerung bestehen, in der That nicht hätte. Wer ein Recht ausübt, ist darum für berechtigt zu halten und nicht zu stören, weil kein Anderer berechtigt ist, sich in eine Kritik des Rechtszustandes einzulassen und den Zustand der rechtlichen Ruhe, welcher eben in der durch jede andere Person ungestörten Ausübung der Rechte

besteht, zu stören, eine Veränderung dieses Zustandes anzustreben, so lange er nicht beweist, daß der Andere früher einer solchen Störung sich schuldig gemacht, daß der eben bestehende Rechtszustand ein unberechtigter, daher die neuerliche Veränderung eine berechtigte ist.

Indem wir den Besitz als den Ausdruck der Ausübung eines Rechtes erklären, sind wir weit entfernt, demselben alles Wesen abzusprechen; er ist vielmehr eine Erscheinung oder ein Verhältniß der Person zu dem Rechte, welches immer und überall eintritt, wo ein Recht ausgeübt wird; jedoch ein rechtliches Verhältniß ist der Besitz nicht und ebensowenig als Quelle von Rechten anzusehen, eben weil er nur ein faktisches Verhältniß ohne rechtlichen Werth ist. Bei Festhaltung dieser Auffassung wird man zugeben, daß der sogenannte Besitz nicht als selbstständiger Gegenstand im Rechtsgesetze behandelt werden soll, sondern mit einigen wenigen Bestimmungen in der Lehre vom Rechte überhaupt abgefertigt werden kann.

Jedermann, der ein Recht hat, aber auch nur dieser hat zugleich das Recht zum Besitze, nämlich das Recht, sich in ein Verhältniß zu dem Rechte zu setzen, zufolge dessen er dasselbe nach Willkür ausüben und jeden andern hievon ausschließen kann; eine Sache und deren Gewahrsam kommt dabei nur mittelbar und insofern in Betracht, als das auszuübende Recht eine solche Beziehung begriffsmäßig enthält. Selbst beim Rechte als Eigenthumsrecht ist eine Gewahrsame der Sache von Seite des Eigenthümers nicht erforderlich, da der Eigenthümer seine Rechte unbeschadet ihres Wesens auch durch dritte Personen, z. B. Pfandbesitzer, Bestandnehmer u. s. w. ausüben kann, — eine Innehabung durch dritte aber nur mittelst einer sehr gewagten, übrigens ganz unnützen Fiktion angenommen werden kann.

Nur als Ergebniß des Rechtes, nämlich als derjenige Zustand, welchen herbeizuführen der Berechtigte Kraft oder in Folge seines Rechtes befugt ist, weil nur darin die Ausübung des Rechtes möglich wird, — hat der sogenannte Besitz eine rechtliche Bedeutung; er ist eine Folge des Rechtes, keineswegs aber selbst ein Rechte-Begründendes, die Quelle von Rechten. Eine einzige Ausnahme, wo das rein faktische Verhältniß der vermeintlichen oder scheinbaren Ausübung eines Rechtes rechtbegründend wird, bietet das positive Institut der Ersitzung; hievon wird später gesprochen und auch gezeigt werden, daß selbst diese Ausname nur eine scheinbare ist. Ein Mehreres darüber dort, wo sich die Gelegenheit dazu ergibt.

§. 4. Bisherige Auffaſſung des Beſitzes.

Bevor wir zu dem Weſen des Beſitzes, ſeiner Arten und zu den ſogenannten Rechten des Beſitzes, — den durch den Beſitz als ſolchen vermeintlich begründeten Rechten gelangen, ſollen noch die bisher ziemlich allgemeinen Principien über das Weſen, über Erwerb und Verluſt des ſogenannten Beſitzes näher beſprochen werden.

Ungeachtet der Begriff des Beſitzes — als der Gewahrſame einer Sache verbunden mit dem Willen, ſie als die ſeinige zu behalten, feſtgehalten wird (§. 309 a. b. G. B.), ſollen doch alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, die überhaupt Gegenſtand des rechtlichen Verkehres ſind, Gegenſtand des Beſitzes werden können (§. 311 ebdſ.), und wird der ſogenannte Beſitz unkörperlicher Sachen, oder Rechte durch den Gebrauch derſelben im eigenen Namen, — nämlich dadurch ausgeübt, daß Jemand von einem Andern etwas als Schuldigkeit fordert und dieſer es leiſtet, oder daß Jemand eines Andern Sache mit deſſen Geſtattung zum eigenen Nutzen verwendet, oder daß Jemand auf ſein Verbot von Seite eines Andern Gehorſam findet (§§. 312, 313 ebdſ.). Der zuletzt bezüglich der Rechte, oder unkörperlichen Sachen definirte Beſitz, als die Ausübung des Rechtes ſelbſt, iſt bis auf eine gewiſſe Ungenauigkeit im Ausdrucke, der allein richtige und ausreichende Begriff; er läßt ſich aber nimmer unter den ſchon angeführten, generellen Begriff, der Gewahrſame einer Sache mit dem Willen, ſie als die ſeinige zu behalten, ſubſummiren. Wenn ich ein Landgut gepachtet, mich darauf mit den Meinen niedergelaſſen und die Wirthſchaft eingerichtet, auch alle ſonſtigen Förmlichkeiten erfüllt habe, die üblich ſind; ſo bin ich in der Lage, die Pachtrechte auszuüben, ſie als meine Rechte auszuüben, die Andern davon auszuſchließen; von einer Innehabung aber, wie ſie nur bei körperlichen und beweglichen Sachen denkbar iſt, kann hier nicht die Rede ſein. Dasſelbe iſt auch der Fall beim Eigenthümer eines Landgutes, auch dieſer iſt in der Lage, ſeine — hier Eigenthums-Rechte — über die Realität und ihre Beſtandtheile auszuüben, in Folge deſſen mit den einzelnen Objekten bis zu ihrer Vertilgung zu verfügen und von einer gleichen Behandlung Andere auszuſchließen. Weſentlich und zunächſt bezieht ſich dieſes ſein Verhältniß aber nur auf ſein Eigenthumsrecht und nur durch dieſes auf deſſen einzelne Objekte; ein ſolcher Eigenthümer kennt meiſt die einzelnen ſeinem Eigenthumsrechte unterworfenen Gegenſtände gar nicht, und lichtsdeſtoweniger iſt er in der Lage, darüber als Eigenthümer zu ver-

fügen, weil er sich in der Ausübung, oder Ausübbarkeit dieses Rechtes selbst und im Allgemeinen befindet. Da man denn doch nicht sagen kann, Jemand habe den Willen, die Sachen als die seinigen zu behalten, von deren Existenz er nicht weiß, so könnte man beim Eigenthümer vielleicht sagen, er habe das Eigenthumsrecht im Besitz, — nicht aber dessen einzelne Objekte; aber dieß ist nicht nöthig, da man einfach sagen kann, er übt sein Eigenthumsrecht aus, womit Alles, ohne einer weiteren Erklärung zu bedürfen, ausgesprochen ist.

Uebrigens ist die gegentheilige Ansicht, welche in dem „Besitze" — als der Innehabung einer Sache mit Eigenthumswillen, ein ganz selbstständiges, vom Rechte Unabhängiges finden will, schon darum nicht ausreichend, weil die bloße Bemächtigung einer Sache über den Willen, diese als die seinige zu behalten, keine Gewißheit gibt. Oder kann man wohl mit Bestimmtheit sagen, Jemand wolle eine Sache als sein Eigenthum behandeln, wenn er die bewegliche Sache ergriffen, hinweggeführt, oder in Verwahrung genommen, oder wenn er die unbewegliche betreten, verrainl, eingezäumt, bezeichnet, oder bearbeitet hat? Gewiß müssen von Seite des sogenannten Besitzers noch andere Handlungen unternommen werden, um mit Bestimmtheit annehmen zu können, er wolle die Sache als sein Eigenthum behandeln. Ohne diese ist es möglich, daß er den Gegenstand in fremden Namen, oder blos als Pfand, oder zur zeitlichen Benützung oder Verwahrung übernommen; — sind dagegen derlei Handlungen vorhanden, dann steht Nichts entgegen, das ganze Benehmen des sogenannten Besitzers als Ausübung seines Eigenthumsrechtes anzunehmen und verlieren die ersten dießfälligen Thätigkeitsäußerungen jeden selbstständigen Charakter. Die Richtigkeit dieser Bemerkung ist um so erkennbarer, wenn man, wie dieß selbst in den positiven Rechts-Quellen begründet zu sein scheint, zum Begriffe des sogenannten Besitzes mit dem animus possidendi oder tenendi sich nicht begnügt, sondern stets den animus sibi habendi oder domini fordert, wornach der Entlehner, Pfandnehmer und Fruchtnießer, u. s. w. nicht als Besitzer angesehen werden können, indem sie blos als Inhaber im Namen des Eigenthümers, als eigentlichen Besitzers dessen Eigenthums-Objekte in Gewahrsam halten und dessen Besitzrechte ausüben. Freilich kömmt es sonderbar vor, daß bei diesen Verhältnissen der Eine der animus domini nicht aber die Innehabung, der Andere die Innehabung ohne animus domini, also eigentlich Keiner beide zum Wesen des sogenannten Besitzes vereint nothwendigen Momente in sich

verbindet; doch müssen über diesen Umstand einige gewagte Fiktionen hinweghelfen.

Am sichersten wird man die Richtigkeit einer Theorie über den Besitz — wie über jedes Rechtsinstitut, — erproben, wenn man forscht, aus welchem Grunde sie entstanden, aus welchem Anlasse sie allmälig herausgebildet wurde. Darüber sind die Gelehrten aller Zeiten und Orte einig, wie auch die positiven Gesetze, daß der Besitz — seinem vollen Wesen nach — ein und nichts als ein rein thatsächliches Verhältniß des Rechtssubjektes ist, ohne daß ihm der geringste rechtliche Werth innewohnen würde, obschon die gewählten Ausdrücke mitunter sehr schwankend und verwirrend sind. Wie kommt es also, daß er in allen Rechtsgesetzen mitunter sehr weitläufig behandelt und geregelt wird? Daß ich dem äußern Anscheine nach ein Recht ausübe, ohne daß mir solches gebührt, ist denn doch keine Thatsache, welche an und für sich ein rechtliches Interesse bieten könnte, wenigstens kein anderes, als die Rechtsverletzung überhaupt, welche von der Civil-Gesetzgebung nur vom Standpunkte des verletzten Rechtes aus gewürdigt und bestimmt wird, was zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes zu geschehen hat, während eine etwaige weitere Behandlung der Verlegung selbst dem Strafrechte überlassen bleibt. Warum also wird der Besitz im Rechte anerkannt? Eine doppelte Beziehung ist es, welche das Bedürfniß nach rechtlicher Anerkennung der Thatsache des Besitzes begründet.

1. Wer immer in seinem Rechte verletzt ist, kann die Hilfe des Richters anrufen, um den ungestörten Zustand des Rechtes wieder herzustellen. Wie alles menschliche Beginnen sich in Zeit und Raum bewegt, so auch der Prozeß, mittelst dessen das rechtliche Verhältniß vor dem Richter aufgeklärt und durch diesen sofort entschieden werden muß; der Proceß ist es, der sogar länger, als manches Andere, jedenfalls länger, als zu wünschen wäre und länger dauert, als der zweifelhafte und streitige Rechtszustand im allgemeinen Interesse bestehen kann. Dieses fordert eine schnellere Ordnung des Streites, wenigstens soweit dadurch die allgemeine Rechtssicherheit berührt wird und das einfachste Auskunftsmittel ist ein Provisorium, so lange ein Definitivum nicht erreichbar ist; freilich kann sich jenes nur auf das erstrecken, was seinem Wesen nach eine provisorische Behandlung duldet. Vom Rechte selbst gilt dieß nicht, denn dieses ist von vielen, oft schwer zu würdigenden Momenten abhängig, welche eine gründliche Prüfung *des ganzen* Verhältnisses nöthig machen; wohl aber von der äu-

ßeren Rechtsausübung, welche, ſelbſt etwas Aeußeres, immerhin nach äußeren Umſtänden beurtheilt werden kann und einer Entſcheidung fähig iſt, welche den Streit vorläufig beendet, ohne einer weiteren Prüfung und Entſcheidung des der Ausübung zu Grunde liegenden Rechtes zu präjudiciren. Insbeſondere iſt es der Beginn der fortdauernden Thatſache der Rechtsausübung, welcher alle ſeine Merkmale, oder Beſtandtheile der äußeren Wahrnehmung darlegt, Merkmale, deren Beziehung zur allgemeinen Rechtsordnung, ihrer Sicherheit und Dauer genau zu beſtimmen iſt, ohne durch eine weitere Unterſuchung des Rechtes ſelbſt bedingt zu werden. Die im Falle des Streites eingetretene Bewegung in den Rechtsverhältniſſen hindert, außerdem, daß ſie den allgemeinen Rechtszuſtand gefährdet, oder verletzt, die Prüfung der gegenſeitigen Rechtsanſprüche, und es muß, um dieſe zu ſichern, wenngleich nur vorübergehend, eine gewiſſe äußere Ruhe hergeſtellt werden. Hieran hält ſich die Geſetzgebung und indem der Richter in gewiſſer Hinſicht und für eine Zeit zugleich die Rolle des Polizeimannes übernehmen muß, ermöglicht er die ungeſtörte Durchführung ſeiner eigentlichen richterlichen Funktionen. Der Richter ſchützt oder hilft einen Zuſtand wiederherſtellen, der keinen rechtlichen Gehalt, äußerlich aber Anſpruch auf Beſtand hat, weil Ruhe herrſchen muß und weil zugleich gegen das Bleiben dieſes Zuſtandes Nichts vorliegt, oder das Gegentheil, der entgegengeſetzte Zuſtand Nichts für ſich, aber Alles gegen ſich hat. Wenn man die Sache genau betrachtet und die Mannigfaltigkeit der Rechte erwägt, bei welcher die Beziehung auf eine beſtimmte Sache oft kaum wahrnehmbar iſt; ſo findet man ſich zu der Behauptung veranlaßt, daß es nicht unmittelbar das Verhältniß eines Rechtsſubjektes zu einer Sache, ſondern einfach nur ein gewiſſer Zuſtand, eine Thatſache iſt, welche geſchützt, oder reſtituirt wird; freilich iſt eine Sache als eigentlicher Gegenſtand immer im Hintergrunde, weil alles Recht nur Sachen zum Gegenſtande hat, aber die Beziehung darauf tritt nicht ſo klar und beſtimmt hervor. Z. B. A, B und C gerathen wegen eines Grundſtückes in Streit, A behauptet der unbeſchränkte Eigenthümer zu ſein. B will es gepachtet haben und C behauptet das Recht des Weges darüber; jeder iſt bereit, Beweiſe ſeines Rechtes zu führen. Der Streit darf nicht fortbeſtehen, deſſen Beſeitigung iſt ein Poſtulat der allgemeinen Rechtsordnung, die Erreichung eines, eigentlich des einzigen Zweckes der ſtaatlichen Vergeſellſchaftung. Nur iſt die Thatſache, daß B das Grundſtück bearbeitet und die Früchte bezieht, — dann daß C darüber den Weg benützt, leicht zu

beweisen, — während die Rechte verschiedene umständliche Beweise nöthig machen. Was ist natürlicher, als diesen Zustand zu schützen, jedem die Ausübung des Rechtes weiter zu gestatten und Falls er daraus verdrängt wurde, ihn wieder einzusetzen, — wie er es eben ausgeübt hat. Dieß ist auch der Gesichtspunkt, von welchem der alte römische Prätor ausgegangen, als er die verschiedenen possessorischen Interdikte geschaffen. Um die Ruhe in den Rechtsverhältnissen zu erhalten, oder wenn sie zerstört wurde, wiederherzustellen, ohne die eigentliche Rechtsverfolgung und Durchführung abwarten zu müssen, oder zu stören, wird die äußere Thatsache der Rechtsausübung — der Besitz — geschützt, obgleich ein ihm zu Grunde liegendes Recht nicht erwiesen ist. Dieß ist die erste Beziehung des Besitzes zum Rechte.

2. Eine zweite nicht minder wichtige, weil folgenreiche Beziehung ist die des Besitzes zur Ersitzung, als einer ganz selbstständigen Rechtserwerbung. Eine vom Rechte selbst und seiner permissiven Natur völlig absehende, aus den ältesten Rechtsquellen herübergeholte Ansicht ist es, daß eine Rechtsausübung, wenn gleich ihr kein Recht zum Grunde liegt, sie daher als Rechtsanmassung angesehen werden muß, unter gewissen Bedingungen, insbesondere in Folge einer gewissen Dauer Anspruch auf bleibende rechtliche Anerkennung als wirkliche Rechtsausübung gewinnt. Es ist dieß eine rein positive, vermeintlich von der Sicherheit des Verkehres geforderte Einrichtung, gegen die sich darum vom Rechtsstandpunkte, der auch sonst so manchmal politischen Rücksichten nachstehen muß, nichts einwenden läßt; sie dient aber mit dazu, um das Wesen des Besitzes zu bestimmen. Auch hier ist es nur die Ausübung eines Rechtes und nicht das Verhältniß einer Person zur Sache, welche dem Rechtsinstitute zu Grunde gelegt wird, nur tritt hier die Beziehung auf eine bestimmte Sache mehr hervor, weil die positiven Bedingungen dieses Institutes nach Verschiedenheit des Rechtsobjektes auch verschieden bestimmt werden. Weil ich ein bestimmtes Recht durch eine gewisse Zeit als Recht ungestört ausgeübt habe, werde ich als wirklich berechtigt und derjenige, welcher bisher ein mit dieser Rechtsausübung unverträgliches Recht hatte, wegen dessen Bestandes meine Rechtsausübung füglich nur als Rechtsanmassung angesehen werden konnte, als des Rechtes verlustig betrachtet. Weil ein solcher Rechtserwerb, beziehungsweise Verlust denn doch nicht ohneweiters und leichthin eingeführt werden konnte, vielmehr an mehrere bestimmte Bedingungen oder Beschränkungen geknüpft werden mußte, in deren Abgang

es bei dem alten Rechte zu bleiben hat; so sah sich das positive Gesetz und mit ihm die Doktrin im Dienste desselben genöthigt, die Rechtsausübung, welche zu dem Rechtserwerbe führen sollte, näher zu bestimmen und die Voraussetzungen zu normiren, unter denen dieselbe Anspruch auf rechtliche Anerkennung verdienen konnte und dieß zeigt die zweite praktische Seite des Besitzes, als der Thatsache, welche, an sich ohne rechtliche Bedeutung, um ihrer selbst willen zum Rechts-Erwerbe und Rechtsverlust, führt. Mag das Gesetz immerhin viele Erfordernisse für die Thatsache festsetzen und einen noch so langen Zeitraum fordern, um den Rechtserwerb als begründet anzusehen: immer ist es nur diese Thatsache, welche den Erwerb begründet, die Rechtsanmassung, welche, wie sie begonnen, bis dahin andauert, wo das Gesetz schon ein Recht anerkannt. Das Gesetz selbst stellt diese ungeänderte Fortdauer als die wichtigste und nothwendigste Bedingung hin.

Diese zwei Beziehungen sind es, welche der Thatsache des sogenannten Besitzes ihre rechtliche Bedeutung geben; sie sind jedoch nicht die einzigen. Dieselbe Thatsache ist es, welche die ganze Theorie des Rechtes und seiner Durchsetzung durchdringt; dabei nimmt sie einen allgemeinen Charakter an und fungirt als der Begriff des bestehenden — rechtlich Vorhandenen, welches immer und überall auf Anerkennung und Ungestörtbleiben Anspruch hat, wenn und wo nicht die Berechtigung eines andern Zustandes, einer Aenderung nachgewiesen wird. Dasselbe Princip spricht sich bei jeder Gelegenheit aus, welche ihm die Natur und Entwicklung des Rechtes und der Rechtsverhältnisse biethet.

Nichts anderes, als dieses Princip ist das sogenannte Recht auf Unbescholtenheit, demgemäß jede Person für ein in jeder Hinsicht fähiges Rechtssubjekt und das Verhalten jedes Rechtssubjektes bis zum Erweise des Gegentheils für rechtlich zu halten ist; — dasselbe sind die verschiedenen Vermuthungen, wie für die Unbeschränktheit der angebornen Rechte der Person, für die Rechtsfähigkeit der Ungebornen, für die lebendige Geburt, für das Leben Vermißter, für den gleichzeitigen Tod Mehrerer, für die Gesetzanwendung zu Gunsten der Giltigkeit der Geschäfte, für die Giltigkeit der Ehe, für die Ehelichkeit der Geburt u. m. a.; dasselbe liegt in der Zutheilung der Beweislast an den Behauptenden im Processe, mit allen ihren Details, wie des Beweises wider als echt anerkannte Urkunden, der Beweisführung durch den Eid mittelst Auftragung, Zurückschiebung und Anbietung desselben. Ueberall ist es das Princip, daß das Bestehende, der Zustand der Ruhe,

die Person, welche den Fortbestand des Bestehenden anstrebt, Anspruch auf Schutz, — wenn man will, den Verzug vor allen Bestrebungen nach Bewegung, oder Veränderung — genießt. Weit zurück in den Hintergrund tritt hier die Beziehung des Rechtssubjektes zu einer Sache und zu einer willkührlichen, wie ausschließenden Verfügung mit derselben, wie solche das Wesen des Besitzes bilden soll. Der Vater wird in Ausübung seiner väterlichen Gewalt, der Vormund in der Ausübung seiner Rechte geschützt, eben, weil er sie ausübt, bis bewiesen wird, daß ihm das Recht selbst, oder doch dessen Ausübung nicht zukommt; hier sind es vornehmlich sogenannte Personen-Rechte, deren Ausübung gewahrt wird und besteht in dieser Beziehung kein Unterschied zwischen diesen und den sogenannten Sachenrechte. Beim Beweise im Processe ist die Allgemeingiltigkeit eben so augenfällig, weil hier kein Unterschied in der Art des ansprüchigen Rechtes entscheidet.

Unsere Untersuchung beschränkt sich auf das Recht und dessen Erwerb und die Anwendung des sogenannten Besitzes auf die oben hervorgehobenen zwei Beziehungen desselben auf provisorischen Schutz, oder Aufrechthaltung jeder Rechtsausübung bis zur definitiven Regelung des Rechtes, — dann auf die Rechtsausübung in ihrer Verlängerung bis zum vollen Rechts-Erwerbe ohne die sonstigen Bedingungen des letzteren.

Sehr ausführliche Bestimmungen über den Besitz, seinen Erwerb und Verlust und seine Rechte enthalten die Gesetze der Römer und diese sind es unstreitig, welche die so eindringlichen und umfangreichen Untersuchungen über diesen Gegenstand durch die spätern Rechtsforscher angeregt und das fast ausschließende Substrat zu allen ihren Doktrinen geliefert haben. Die alten Römer würden aber sicherlich sehr verwundert die gelehrten und endlosen Abhandlungen der Juristen aller spätern Jahrhunderte lesen und die Fülle von Fleiß, Scharfsinn und Spitzfindigkeit anstaunen, mit welchen man sich abmühte, aus der Masse von Rechtsansichten und Entscheidungen jeder Art und Zeit um jeden Preis ein in jeder Beziehung strenges System zusammenzustellen. Um der allgemeinen Meinung zu genügen, muß man hier wo es sich um die Lehre vom Besitze handelt, Savigny's selbstständiges Werk über „das Recht des Besitzes" in den Vordergrund stellen, welches freilich ungeachtet seines ganz allgemeinen und soviel versprechenden Titels Nichts weiter, als nur römisches — Recht enthält. Doch nur das wieviel und wie er es sagt, ist bei Savigny neu, — nicht aber das, was er sagt und es bleibt eine noch sehr bestreitbare Ansicht, daß seine Theorie

wie oft behauptet wird, den Vorzug vor dem verdient, was andere vor und nach ihm gesagt haben. All' diese Gelehrsamkeit läßt sich auf eine mehr oder minder genaue Quellenforschung im Gebiethe des römischen Rechtes und eine größere oder geringere Genauigkeit und Geschicklichkeit in der Auslegung zurückführen und ist mit den Quellen selbst, Dank der neuen Wissenschaft, schon historisch geworden. Indeß ist ein Rückblick darauf unentbehrlich, weil alle Generationen seither sich gewöhnten, die Grundsätze des Römerrechtes als die Aussprüche des reinen Vernunftrechtes zu behandeln und alle Bestimmungen daraus zu erklären.

Savigny beginnt sein obcitirtes Werk mit dem Satze (§. 1), „daß durch die wiederholte Bearbeitung desselben Gegenstandes von mehreren Schriftstellern sehr bald eine Tradition allgemeiner Bemerkungen sich bildet, denen man in jedem Werke begegnet", — und er hat recht; diese Tradition hat sich beim bürgerlichen Rechte der europäischen Staaten zu einer wahren Dogmen-Sammlung gesteigert, welche nimmer ungestraft bezweifelt werden dürfen. In der That ist viel Muth nöthig, um auch nur selbst die Ueberzeugung zu gewinnen, daß der von so vielen, unstreitig ebenso fleißigen als scharfsinnigen, juridischen Kräften zu Stande gebrachte künstliche Bau so manche schadhafte Stelle hat, deren Bloslegung die Festigkeit des ganzen Werkes bedeutend zweifelhaft macht; um wieviel schwerer muß es sein, eine derart gewonnene Ueberzeugung mitzutheilen!

Es ist staunenswerth, wie die Bearbeiter des römischen Rechtes sich abmühen, um die oben ausgeführten, an sich so einfachen Principien aus den Quellen zu entwickeln und zu erklären; nicht minder überraschend ist es, wie wenig genau diese Herren sind, wenn es sich um nicht lateinische Begriffe und Ausdrücke handelt, während sie in die lateinische Ausdrucks- und Sprachweise die größte Bestimmtheit und Consequenz zu bringen und zu erhalten suchen.

Nach Savigny behandelt das Römer-Recht den Besitz nicht blos als Folge eines Rechtes, sondern als Bedingung von Rechten, der Rechte des Besitzes (jura possessionis); das Recht zu besitzen (jus possidendi) gehört in die Theorie des Eigenthums. — Allem Besitz liegt nach Savigny die Innehabung (detention), das ist der Zustand zu Grunde, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache phisisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung unmöglich ist. Es ist dieß kein juridischer Begriff, aber hat Beziehung auf juridische Begriffe, weil das Eigenthum die rechtliche Möglichkeit,

auf die Sache nach Willkühr einzuwirken und jeden Andern von ihrem Gebrauche auszuschließen ist, so liegt in der Detention die Ausübung des Eigenthumes.

Hiermit ist derselbe Weg genommen, auf welchem wir oben zum Begriffe des Besitzes gelangt sind, — nur um einige Schritte weiter gegangen, als wir angezeigt halten. Es genügt, bei Ausübung des Rechtes überhaupt stehen zu bleiben, ohne daß es nöthig wäre, bis zu jener des Eigenthums zu greifen. Das Eigenthum muß, wie später gezeigt wird, auf die Disposition mit der Substanz der Sache präcisirt werden, während das Recht überhaupt die Befugniß zur willkührlichen Thätigkeit in der bestimmten Richtung und Ausschließung aller Andern von derselben enthält, der Ausdruck des Rechtes ist seine Ausübung, die beim Rechte überhaupt, daher auch beim Eigenthums-Rechte, wie bei jedem andern Rechte, angenommen werden muß. Freilich ist es auch Savigny, der den Besitz ebenso oft ein Recht*), als die Folge eines Rechtes und die Bedingung von Rechten nennt, und damit eine große Ungenauigkeit im Ausdrucke zeigt. Der Besitz ist nie selbst ein Recht und kann kein Recht werden; Folge eines Rechtes kann er nur genannt werden, wenn man unter Folge den Ausdruck, die Aeußerung des Rechtes versteht; Bedingung von Rechten ist er nur insofern, als das positive Gesetz damit gewisse Befugnisse verbindet, nämlich den provisorischen Schutz und die Ersitzung. Darin, daß er die sogenannten Besitzrechte (jura possessionis), die Folgen des Besitzes auf diese beiden, — die possessorischen Interdicte und die usucapion — beschränkt und alle andern sogenannten commoda possessionis ausscheidet, hat Savigny Recht; das positive Gesetz kann mit dem Besitze nicht mehr oder andere Rechte oder Vortheile verbinden.

Soweit sind die römischen Bestimmungen richtig und noch heute praktisch. Sie sind es jedoch nicht mehr, wenn nach Auslegung Savigny's die possessorischen Interdicte zum Schutze des Besitzes und

*) Der Besitz, sagt er, ist seinem ursprünglichen Begriffe nach an sich ein bloßes Faktum, aber, da rechtliche Folge damit verbunden sind, auch zugleich ein Recht (§. 5 d. v. c. W.) — Unklar bleibt es, wenn Savigny weiter den Besitz ins Obligationen-Recht (in die obligationes ex delictis) verweist und das Recht, das der bloße Besitz gibt (jus possessionis), in dem bloßen Anspruche des Besitzers auf die Interdicte, sobald eine bestimmte Form der Verletzung hinzutritt, bestehen läßt und beifügt, daß der Besitz ohne diese Verletzung gar kein Recht, weder ein jus obligationis, noch ein Recht auf die Sache gibt. — Hier wird offenbar der Fall der Ausübung des Rechtes mit dem Rechte selbst verwechselt; jene nur wird durch die Verletzung in der Richtung der Selbstvertheidigung wachgerufen, während dieses davon unabhängig nach wie vor besteht.

zur Aufhebung gewaltsamer, d. i. formell unrechtlicher, an sich rechtsverletzender Störungen des Besitzes gereichen sollen. Diese Interdicte und der jetzt an ihre Stelle getretene summarische Besitz-Proceß (das possessorium summarissimum) sind kein Rechts-Schutz, sie sind nicht auf Erhaltung oder Wiederherstellung eines Rechtes gerichtet, die dadurch zu beseitigende Störung muß nicht zugleich ein förmliches Recht mitverletzen, sie sind wie später gezeigt wird, einfach gegen die Störungen des faktischen Besitzstandes (vitia possessionis, — vi, clam aut precario) gerichtet, ohne durch Erörterung oder Darthuung des Rechtes bedingt zu sein.

Wahrhaft erschreckend ist das Studium und die Mühe, welche sich die Ausleger und Fortbilder des Römer-Rechtes mit der Unterscheidung der possessio civilis und naturalis, possessio schlechtweg, der bloßen detentio, der quasi-possessio, des vollen und abgeleiteten Besitzes, der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Erwerbung und Erhaltung des Besitzes durch Stellvertreter geben und sich durch die verschiedenste Deutung zahlloser Stellen bestreben, in die Anwendung des Besitzes auf die verschiedenen Theilungen des Rechtes zwischen Eigenthümer einerseits, dem Pfandgläubiger, Servitutsberechtigten, Verwahrer, Entlehner, Bestandnehmer u. s. w. andererseits, — Einheit und Consequenz zu bringen. Dieß kann nicht gelingen, es bleibt stets eine rein positive, mehr oder minder befriedigend erklärbare Gliederung, welche sich auf consequent durchgeführte Principien nicht zurückführen läßt, weil die Grundbegriffe nicht richtig sind.

Ganz einfach lösen sich alle Schwierigkeiten, wenn man den Begriff des Besitzes in der Rechtsausübung findet. Diese gestattet Erwerb und Fortdauer ohne ununterbrochene mechanische Gewalt über das Rechtsobjekt, hier läßt sich der Zeitpunkt des Besitz-Verlustes einfach und naturgemäß bestimmen; es steht der Uebertragung des Besitzes, dessen Aufrechthaltung durch Stellvertreter, u. a. m. Nichts entgegen.

Die wahre Natur des Besitzes ahnend, meint man, es sei wohl bei jedem Rechte eine Ausübung denkbar, aber nicht bei jedem eine gewaltsame Störung und usucapio, und doch könne nur unter diesen Beziehungen die Ausübung eines Rechtes als juristisches Verhältniß betrachtet werden. Dann sagt man weiter: Das Recht des Besitzes beruhe auf dem Schutze der bloßen Ausübung des Eigenthums gegen bestimmte Formen der Verletzung; diese Formen der Verletzung und dieser Schutz lassen sich auf dieselbe Weise auch bei solchen Rechten denken, die als Bestandtheile des Eigenthums vom Eigenthume selbst

abgesondert sind (jura in re), doch sei dieß kein wahrer Besitz, sondern nur quasi-possessio; jener bleibe auf das Eigenthum beschränkt*).

Nach den Grenzen dieser Abhandlung kann man keine erschöpfende Würdigung der Rechtseintheilung erwarten; man mag indeß die Rechte wie immer unterscheiden, darin stimmen alle überein, daß sie ausgeübt werden können, daß diese Ausübung Störungen und Verletzungen zuläßt, welche verhüthet, oder gesühnt werden können, und daß diese Ausübung in so weit anerkannt werden kann, daß sie zum wirklichen Rechtserwerbe führt. Diese Ausübung ist eben das, was man Besitz nennt. Hier ist also kein Grund zu finden, den Begriff vom Besitze auf das Eigenthum zu beschränken. Eine derlei Beschränkung ist nur aus dem Festhalten des Begriffes des Besitzes als der eine willkürliche und ausschließende Verfügung mit der Sache vermittelnden Innehabung oder Herrschaft zu erklären, dessen Unrichtigkeit bereits nachgewiesen wurde. Uebrigens läßt sich auch gegen die Auffassung der andern Rechte, als: abgesonderter Bestandtheile des Eigenthums, weshalb eben der auf den allgemeinen und umfassenden Charakter des Letzteren berechnete Begriff des Besitzes auf dessen Theile nicht passen soll, viel einwenden. Das Recht ist, wie schon bemerkt, seinem Wesen nach nur Eines und immer dasselbe, nur mehrere Richtungen, in denen es sich äußert, lassen sich unterscheiden; indeß, wenn auch diese eben so viele verschiedene Rechte genannt werden wollen, so sind es doch nicht Bestandtheile des Eigenthumsrechtes. Jedes Recht enthält die Befugniß, in einer bestimmten Richtung willkürlich und ausschließend zu verfügen, jedes Recht steht dem andern als gleich gegenüber. Der Raum, inner dessen sich das Recht bewegen kann, ist verschieden, aber der Charakter ist derselbe. Selbst dem Eigenthumsrechte kann ein Vorzug nicht zugestanden werden; der stärkste Beweis hiefür liegt in den vielen und großen Beschränkungen, deren das Eigenthumsrecht ohne Abbruch seines Wesens fähig ist, und bei denen das, oder die mehreren das Eigenthumsrecht beschränkenden Rechte weit umfassender sind, als das beschränkte Eigenthumsrecht selbst. Aus welchem Grunde soll wohl die Ausübung des letzteren vor der jedes andern Rechtes bevorzugt sein?

Selbst wenn man zugeben wollte, der Besitz sei auf die Ausübung des Eigenthumsrechtes zu beschränken, auch dann findet man unlösliche Schwierigkeiten, — selbst in dem ersten und Hauptmomente

*) Savigny a. a. O., §§. 12 und 14.

des Besitzes, der Innehabung der Sache, der Detention, Gewalt oder Herrschaft über die Sache. Ausgeschlossen bleibt hier jene primitive Auffassung der Detention, als des Stehens oder Sitzens auf einer Sache; schon oben wurde angeführt, daß man zur Detention nicht eine wirkliche physische Berührung der Sache, sondern nur ein Verhältniß fordert, wodurch der Person (Besitzer) die physische Möglichkeit gegeben ist, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Einwirkung auf sie auszuschließen, oder auch nur die Möglichkeit, das physische Verhältniß nach Willkür zu reproduciren*). In Anwendung dieser Ansicht soll zum Besitze von Grundstücken genügen, wenn der Besitzer in dem Grundstücke gegenwärtig ist, ja selbst wenn er sich nur in der Nähe befindet, um den Grund übersehen zu können. Auch bei beweglichen Sachen genüge die unmittelbare Gegenwart der Person, wenn sie die Sache jederzeit beliebig ergreifen kann**). Auch durch Verwahrung der Sache in einem in meinem Gebrauche befindlichen Gebäude (custodia) kann ich jene besitzen, wenn ich um die Sache weiß, davon Kenntniß habe***). Der Besitzerwerbung schadet, sagt Savigny, die Möglichkeit nicht, von der Sache ausgeschlossen zu werden, noch ehebevor man sie wirklich in der Gewalt gehabt hat, wenn diese Möglichkeit so entfernt ist, daß sie für das Bewußtsein des Besitzers völlig verschwindet. Als zum Besitz-Erwerbe nöthige Apprehension fordert er das Bewußtsein der unbeschränkten physischen Herrschaft über jeden Theil der besessenen Sache, die Einwirkungs-Möglichkeit muß als eine unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können — und zu diesem Bewußtsein ist das Vorhandensein der physischen Bedingungen dieser Möglichkeit nöthig. Zur Fortsetzung des Besitzes genügt die fortdauernde Möglichkeit, dieses unmittelbare Verhältniß willkürlich zu reproduciren.

Andere gehen noch weiter, ohne einen Konflikt mit den römischen Quellen zu befürchten: sie finden den Besitz im ausgeführten Willen, erklären eine stetige Fortdauer des unmittelbaren Verhältnisses zur Sache (Detention) als entbehrlich; sie fordern dazu nur den einmal durch die That bekräftigten und als wirkliche Herrschaft über die Sache bewährten Willen, durch den allein er auch erhalten werden

*) Savigny a. a. W., §. 14.
**) Ebenda §. 15.
***) Ebenda §. 17.

kann, während die Ausübung des faktiſchen Verhältniſſes unbeſchadet ſeines Begriffes unterlaſſen, oder einem Andern überlaſſen werden kann*).

Die letztern Bemerkungen können geradezu für unwahr erklärt werden, ſo lange mit: Beſitz die detentio cum animo bezeichnet wird; der bloße Wille kann für ein thatſächliches Verhältniß einer Perſon zur Sache nie allein entſcheidend ſein. Doch ſelbſt Savigny's Bemerkungen ſind bei Feſthaltung ſeiner Grundbegriffe nicht begründet (wenngleich aus den Quellen richtig entnommen). Das bloße Vermeinen der phyſiſchen Gewalt über eine Sache kann unmöglich genügen; das Bewußtſein, wenn es wirklich eines iſt, ſetzt das Vorhandenſein der Gewalt voraus, aber dann iſt es nicht das Bewußtſein, ſondern die bewußte Gewalt ſelbſt, welche hier den Ausſchlag gibt. Die bloße Möglichkeit, die phyſiſche Gewalt zu reproduciren, kann, wie ſchon oben gezeigt, nicht entſcheiden, weil das, was fortbeſteht, nicht reproducirt werden kann, daher hier nur die Reproducirung einer Gewalt in Frage ſteht, welche ſchon verloren war. Wenn ich im Stande ſein muß, auf eine Sache willkürlich einzuwirken und jeden Andern davon auszuſchließen, um ihr Beſitzer heißen zu können, wie ſoll ich ein Grundſtück beſitzen können, wenn ich nur darauf gegenwärtig bin, oder mich nur in der Nähe befinde? Wer beſitzt es, wenn ſich zwanzig Andere mit der nämlichen eigennützigen Abſicht neben mich ſtellen, — wer und was beſitzt er dann? — Oder woran kann ich wohl den Beſitzer einer beweglichen Sache erkennen, wenn er ſich in der Nähe Mehrerer befindet, die in gleicher Weiſe wann immer darnach greifen können? In weſſen Beſitz befindet ſich eine Sache, die in meinem Hauſe liegt, ohne daß ich davon Kenntniß habe? — allenfalls wenn ich auch noch das Haus verſperre? — Eine ſolche Kaſuiſtik iſt eben am geeignetſten, das Unſtichhältige einer Grundanſicht zu zeigen.

Alle Schwierigkeiten verſchwinden, wenn man den Beſitz in der Rechtsausübung findet. Ich verraine, bebaue oder bepflanze das Grundſtück, und auch wenn ich davon entfernt bin, kann und muß Jeder anerkennen, daß ich ein Recht darauf ausübe; dieſe Rechtsausübung dauert fort und muß reſpektirt werden, ſo lange z. B. die Verrainung dauert, auch wenn ich nicht wieder bebaue, denn eben darin be-

*) So Kierulff in: Dr. Dworzak'ſche Zuſammenſtellung, Zeitſchrift f. Rechts- und Staatswiſſenſchaft. Jahrg. 1847. XXXIII.

steht das Recht, daß ich es beliebig, auch nur theilweise ausüben kann. Was die beweglichen Sachen betrifft, so geben die Umstände die sichere Basis der Entscheidung. Wenn ich einen Besuch mache und den Regenschirm im Vorzimmer stehen lasse, so bleibe ich im Besitze, auch wenn ich mich etwa im vierten Zimmer, auch etwa einen halben Tag lang aufhalte; denn nur in dieser Art wird von dem Regenschirm Gebrauch gemacht und es widerspräche den gewöhnlichsten Begriffen, wenn ich den Schirm beständig in den Händen halten sollte! Dasselbe wird vom Hute und Spazierstocke, aber nicht von der Brieftasche oder Sackuhr gelten; es wird aber auch von diesen gelten, wenn ich diese Gegenstände während des Badens dem Baddiener zur Verwahrung gebe. Ein Aehnliches gilt von der Ausdehnung des Besitzes auf das, was sich auf meinem Grunde, oder in meinem Gebäude befindet, und entscheidet die Kenntniß darum nicht. Wenn sich an meiner Gartenmauer in einer Falle ein Fuchs fängt, so ist er in meinem Besitze, selbst wenn ich davon noch nicht Kenntniß habe. Bei der gegentheiligen Auffassung wird der Fall, wo der Besitz geltend gemacht wird, mit dem Momente, wo er schon besteht, verwechselt, und ist dies nur eine Fortsetzung der Ansicht, nach welcher das ganze Wesen des Besitzes und der Besitz selbst von einer bestimmten Form der Verletzung abhängig sein und nur als Institut zu deren Behebung Bedeutung haben soll.

§. 5. Besitz-Erwerbung.

Wenn man die Idee festhält, daß der Besitz ein rein faktisches Verhältniß, ohne allen rechtlichen Charakter sei, so ist weiter nicht wohl einzusehen, warum man zur Besitz-Erwerbung von Seite der erwerbenden Person eine besondere Tauglichkeit fordert. Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, wenn sie nicht völlig jeder Willensäußerung unfähig sind, dann Kinder selbst unter sieben Jahren können weder aus Rücksicht des Eigenthumswillens, noch der Erwerbungshandlung vom Besitze ausgeschlossen werden, wenn und in so ferne sie diese Thätigkeit wirklich entwickeln, da es sich ja in Rücksicht des rein faktischen Verhältnisses nicht um eine andauernde Willensrichtung handelt, sondern ein, wenngleich nur momentanes, Zusammentreffen des Erwerbswillens und der äußern Erwerbshandlung genügen muß (§. 310 d. a. ö. B. G. B.)! — Wenn aber der Besitz zugleich ein rechtliches Verhältniß ist und Rechte begründen soll;

so ist nicht abzusehen, warum eben in dieser Hinsicht die sonst in rechtlicher Beziehung ausschließende Vertretung der rechtlich unselbstständigen Personen durch ihre gesetzlichen Vertreter nicht nothwendig sein und derlei Personen vor allen Uebrigen dadurch begünstigt sein sollen, daß sie selbst und durch ihre Vertreter Besitz erwerben und erhalten können. Auch wird die wohlwollende Absicht, bei dem Besitze die Erweiterung der Rechtssphäre der rechtlich unselbstständigen Personen durch die zugestandene Fähigkeit der selbsteigenen Besitz-Erwerbung zu bewirken, in manchen Fällen vereitelt; denn im Allgemeinen ist es wohl wahr, daß durch Besitz-Ergreifung von Seite des Ergreifers weder etwas von dem Seinigen veräußert, noch unmittelbar eine Verpflichtung übernommen wird, wovon derlei Personen für alle Fälle ausgeschlossen bleiben; allein, wenn man vielleicht die Besetzung einer bisher noch unentdeckten und von Menschen nicht bewohnten Insel ausnimmt, — sind Rechtsverhältnisse, in welchen auf einer Seite nur Rechte ohne Pflichten bestehen sollten, nicht wohl denkbar, und wenn auch ein Besitz, der dem Vertreter nach der Hand schädlich erscheint, leicht wieder aufgegeben werden kann, so gilt doch dasselbe nicht auch von allen Folgen, welche die Besitz-Ergreifung haben kann und haben muß, wenn nicht alle Rechte des blos faktischen Besitzverhältnisses wegen in Frage gestellt werden wollen. Die rechtlich Unselbstständigen können also dabei oft sehr zu Schaden kommen.

Wenn man die verschiedenen Arten der Besitz-Ergreifung und Erwerbung prüft, wie sie im österreichischen Gesetze aufgeführt werden (§§. 312 bis 315 a. b. G. B.), so wird der Mangel einer logischen Richtigkeit besonders klar*).

Zuerst werden mehrere Arten, wie der Besitz körperlicher beweglicher und unbeweglicher Sachen erlangt wird, dann drei Arten, auf welche man in den Besitz von unkörperlichen Sachen oder Rechten gelangt, aufgezählt. In den Besitz von Rechten gelangt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen, d. i. durch Ausübung dessen, wozu das Recht befugt, als Recht, insbesondere dadurch, daß man a) von einem Andern Etwas als Schuldigkeit fordert und dieser es leistet, b) die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen verwendet, endlich c) einem Andern Etwas, was er sonst zu thun befugt wäre, verbietet, oder zu unterlassen gebietet und

*) Der Tabular-Besitz unbeweglicher Sachen bleibt hier als rein positives *Institut* ganz außer Betracht.

dieser Folge leistet (§. 313 ebd.). Außer diesen drei Arten gibt es keine, den Besitz von Rechten zu erlangen, eigentlich Rechte auszuüben?

Diese Unterscheidung der Besitz-Ergreifung körperlicher Sachen von der Besitz-Ergreifung der Rechte in dieser dreifachen Richtung als bejahender und verneinender Gebots-, dann Verbots-Rechte erklärt sich aus der alten Unterscheidung der dinglichen und persönlichen Sachen-Rechte. Die ausführliche Auseinandersetzung dieses Gegenstandes würde über die Grenzen dieser Abhandlung hinausreichen; auch diese Eintheilung der Rechte gehört unter jene, welche eben so alt, als unrichtig sind, weil denn doch alle sogenannten Sachenrechte — im Gegensatze zu den Personen-Rechten — gleich dinglich und persönlich sind, da Objekt des Rechtes immer nur Sachen sein und von Rechten hinwieder nur andern Personen gegenüber gesprochen werden kann. Uebe ich Rechte an freistehenden Sachen, so scheide ich sie eben hiedurch aus der Reihe der freistehenden aus und es entsteht auf meiner Seite das Recht allen andern Personen gegenüber, zu fordern, daß sie mich in der Verfügung mit den aus der Allgemeinheit ausgeschiedenen Sachen nicht beirren und alle Konsequenzen gestatten, welche sich aus dieser Verfügung ergeben. Auch hier liegt eine Summe von sogenannten Verbotsrechten vor, die mit der Ergreifung der freistehenden Sache entstehen, welche auf dieselbe Art, wie die andern, ausgeübt werden; nicht das Festhalten der Sachen, welches nur ein Theilakt ist, sondern die Ausübung dieser Rechte ist das Wesentliche und jener Besitz, woran weitere Rechtsfolgen geknüpft werden. Ich werde im Besitze meines Kleides geschützt, nicht blos darum und dann, weil und wenn ich es am Leibe habe und mit Anwendung meiner Fäuste gegen jeden Angriff vertheidigen kann, sondern weil ich dasselbe als mein Eigenthum oder als ein entlehntes Gut behandle, und wird mein Verhältniß nicht alterirt, wenn ich das Kleidungsstück allenfalls auf längere Zeit zur Lüftung außer den Bereich meiner Hände lege oder stelle.

Auch die oberwähnten, im Gesetze aufgezählten Arten des Besitzes oder Gebrauches von Rechten sind nicht erschöpfend definirt, wenn anders dem Besitze der rein faktische Charakter erhalten werden soll. Denn, um nur eine Beziehung zu erwähnen, so wird mir der Besitz des Rechtes ohneweiters auch dann zustehen, wenn ich die einem Andern gehörige Sache *ohne dessen Gestattung*, allenfalls ohne dessen Wissen, zu meinem Nutzen anwende, da dieser Besitz nach dem Gesetze erst dann *aufhört*, wenn der Eigenthümer der Sache

die Ausübung des Rechtes durch den Andern nicht mehr duldet (§. 351 ebd.). Hat der Eigenthümer der Sache von der Ausübung des Rechtes an seiner Sache durch den Andern keine Kenntniß, so ist so viel gewiß, daß sich das angemaßte Recht vorläufig nur dritten Personen gegenüber äußert, es äußert sich aber doch, und das faktische Verhältniß des Besitzes besteht eben nur in dieser Ausübung, oder Aeußerung, ohne Rücksicht, ob dieser Rechtsausübung wirklich ein Recht, oder nur eine Rechts-Anmaßung zu Grunde liegt, worauf erst die Gestattung von Seite des Eigenthümers von Einfluß ist.

Wenn man allen Besitz auf den „Gebrauch von Rechten" — zurückführt, wird man leicht manche Unzukömmlichkeiten vermeiden, welche sich bei einer anderen Auffassung ergeben. So heißt es, daß man bei der eigenmächtigen unmittelbaren oder mittelbaren Besitz-Ergreifung nur so viel in Besitz erhält, als wirklich ergriffen, betreten, gebraucht, bezeichnet, oder in Verwahrung gebracht worden ist, — während bei der mittelbaren Besitz-Ergreifung, wenn sie mit Zustimmung des Vorberechtigten erfolgt, der Besitz an Allem erlangt wird, was der Vorbesitzer gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig ist, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen (§. 315 ebend.). Einen Grund für diese Bestimmung wird man nicht leicht finden. Die Art der mittelbaren nicht eigenmächtigen Besitz-Ergreifung wird Uebergabe genannt, als die äußere Verwirklichung der beiderseitigen Willenseinigung, dem Andern den Besitz abzutreten und denselben zu erlangen. Diese das Wesen der mittelbaren Besitzerwerbung bildende Willenseinigung soll den größern Umfang des auf diese Weise erworbenen Besitzes begründen, indem es genügt, wenn der Wille des Uebertragenden durch deutliche Zeichen an den Tag gelegt wird, um den Besitz von Allem zu erlangen, was der vorige Inhaber dadurch übergeben zu wollen erklärte. Wenn die faktische Natur des Besitzes festgehalten wird, so daß man ohne Rücksicht auf alles Recht, welches dem Verhältnisse zum Grunde liegt, nur dadurch in Besitz gelangt, daß man die bewegliche Sache physisch ergreift, wegführt, in Verwahrung nimmt, die unbewegliche aber betritt, verraint, einzäumt, bezeichnet oder bearbeitet und diesen Besitz folgerichtig wieder verliert, wenn man die Sache weglegt, zurückführt, aus der Verwahrung gibt, — die unbewegliche wieder verläßt, die Einzäumung oder Bezeichnung wieder entfernt, oder die Bearbeitung aufgibt; so muß zugegeben werden, daß auch bei der mittelbaren Besitz-Erwerbung durch Uebergabe von Seite des Besitzvorfahrers und

mit dessen Zustimmung der Nachfolger den Besitz nur dann und in so fern erwirbt, als er den zur Besitzergreifung überhaupt geforderten äußern Zustand, das äußere Verhältniß seiner Person zur Sache herstellt, daher auch nur so viel erwirbt, als worauf er seine Besitzergreifungshandlung ausdehnt, also Alles, was der vorige Inhaber besessen, wenn wirklich der Nachfolger von all' diesem ebenfalls Besitz nimmt, aber nicht, weil es der Vormann besessen, sondern weil es der Nachmann auch in Besitz genommen. Es ist wohl bei der mittelbaren Besitz-Ergreifung für den Nachmann in so ferne erleichtert, als die Sache aus der der Besitzergreifung überlassenen Menge bereits ausgeschieden ist und der Nachmann in manchen Fällen keine neuen Besitznehmungshandlungen zu setzen hat, wenn der Vorbesitzer die durch ihn gesetzten, z. B. die Verwahrung, Verrainung, Bezeichnung fortbestehen läßt, denn nur diese berühren die dritten Personen, nicht so aber der Wechsel des Besitz-Willens. Auf diesem Fortbestande beruht aber auch aller Unterschied und kann für das rein faktische Verhältniß des Besitzes dem Willen des Vorbesitzers und dessen Einigung mit jenem des Nachfolgers kein Gewicht zugestanden werden.

§. 6. Besitz-Verlust.

Erregen die Bestimmungen über die Erwerbung des Besitzes Bedenken, so ist dies gleichmäßig auch bei jenen über den Verlust der Fall. Der Besitz einer körperlichen Sache geht verloren, wenn diese, ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust geräth, wenn sie freiwillig verlassen wird, oder in fremden Besitz kommt (§. 349 a. b. G. B.). So lange noch Hoffnung vorhanden ist, eine verlorne Sache zu erhalten, kann man sich durch den bloßen Willen in ihrem Besitze erhalten; weder die Abwesenheit des Besitzers, noch die eingetretene Unfähigkeit der Besitz-Erwerbung heben den schon erworbenen Besitz auf (§. 352 ebend.). Der Besitz von Rechten hört auf, wenn der Andere das, was er bisher geleistet, nicht mehr leisten zu wollen erklärt, wenn er die Ausübung des Rechtes nicht mehr duldet, und wenn er ein Verbot nicht mehr achtet, der Besitzer aber in all' diesen Fällen die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt. Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht außer den gesetzlich besonders bestimmten Fällen der Besitz nicht verloren (§. 351 ebdf.).

Diese Bestimmungen lassen sich aus dem rein faktischen Wesen des Besitzes und jenen über die Erwerbung des Besitzes nicht entneh-

men. Die Kommentatoren des Gesetzes erklären diese Vorschriften für rein positive, welche bezielen, dem Besitze mehr Dauer und ein selbstständiges rechtliches Interesse zu geben*).

Ist dies der Fall, sind diese Bestimmungen als rein positiv anzusehen, so läßt sich dawider füglich Nichts sagen; doch aus dem Begriffe des Besitzes, selbst wie ihn das Gesetz adoptirt hat, lassen sie sich nicht folgern. Uebrigens sei hier nur so viel erwähnt, als zum Verständnisse nöthig ist.

Der Verlust einer Sache, ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, ist, selbst wenn von allen Vorkehrungen zur Verhütung der Verluste und gegen die Folgen des Fundes abgesehen wird, ein fast unpraktischer Begriff und wenigstens nicht nöthig, besonders erwähnt zu werden. Der Besitz, als faktische Innehabung einer Sache mit dem Eigenthumswillen muß dann aufhören, wenn eines der wesentlichen Momente dieses Begriffes wegfällt, also auch dann schon, wenn die Sache aus der Innehabung des Besitzers geräth, wenngleich der Eigenthumswille fortdauert, ohne Unterschied, ob eine Hoffnung, die Sache wieder zu finden, vorhanden ist, oder nicht. So erlischt der Besitz bei körperlichen beweglichen Sachen, bei welchen nach dem Obigen die Innehabung, das physische Festhalten gefordert wird, mit der Abwesenheit des Besitzers von der Sache allerdings, da mit dieser das Verhältniß des Festhaltens aufhört.

Die Kommentatoren legen die gesetzlichen Bestimmungen dahin aus, daß für die Fortdauer des Besitzes nur die Möglichkeit, sich beliebig in den Zustand der faktischen Einwirkung auf die Sache zu versetzen, entscheide, und das Aufhören des Besitzes durch die Unmöglichkeit dessen bedingt sei. Diese Unmöglichkeit trete im Sinne des Gesetzes in folgenden Fällen ein, wenn nämlich: a) die Sache ganz zu Grunde gegangen ist, b) wenn sie auf solche Art umgestaltet wurde, daß sie nicht wieder in die vorige Gestalt zurückgebracht werden kann, c) wenn man unübersteigbarer Hindernisse wegen der Sache nicht habhaft werden kann, da sie z. B. in's Meer fiel; d) wenn die Sache aus der Gewahrsame ohne Wahrscheinlichkeit (Hoffnung), sie wieder zu finden, verloren geht, z. B. wenn ein zahmes Thier sich verirrt hat; e) wenn ein Anderer in den Besitz der Sache gelangt ist; f) wenn der Besitzer den Willen, zu besitzen, aufgibt**).

---

*) Stubenrauch's Commentar z. a. b. G. B., 1. Bd. S. 696.
**) Stubenrauch a. a. O. 1. Bd. S. 697.

Daß der Untergang der Sache den Beſitz aufhören macht, wäre nicht nöthig, zu erwähnen, denn mit dem Untergange verliert die Sache in rechtlicher Beziehung jede Bedeutung und fällt dieſe Erlöſchungsart des Beſitzes unter jene, wo der Gegenſtand des Beſitzes aus der Innehabung des Beſitzers verloren ging. Dasſelbe gilt von der Umgeſtaltung ohne Möglichkeit der Ausſonderung und Wiederherſtellung, dann von der Entfernung ohne Ausſicht der Wiedererlangung; — auch hier hört die Innehabung des Beſitzers auf. Freilich wird dabei die Beſchaffenheit der Sache manche Beſonderheiten und Unterſcheidungen nöthig machen, da denn doch ſelbſt das Meer ſchon aufgehört hat, für alle Fälle ein ewiges, unerö̈ffenbares Grab der verſchlungenen Gegenſtände zu ſein, und man demzufolge nicht Anſtand nehmen wird, wohl einen in das Meer gefallenen Ring verloren zu geben, nicht aber eine verſunkene Fregatte, welche ſich noch heben läßt.

Gegen den Verluſt des Beſitzes durch Verluſt der Sache ohne die Wahrſcheinlichkeit, oder Hoffnung, dieſelbe wieder zu finden, — ließe ſich an und für ſich Nichts ſagen, weil hier die zum Beſitze weſentliche Innehabung aufgehört, wenn nicht eben dieſer Fall auf den ſo genannten Mental-Beſitz Bezug nähme, wonach man ſich bei vorhandener Wahrſcheinlichkeit, die verlorene Sache wieder zu erhalten, durch den bloßen Willen im Beſitze erhalten kann (§. 352 a. b. G. B.). Dieſe Beſtimmung kann nur inſofern als richtig angenommen werden, als die Wahrſcheinlichkeit, oder Hoffnung der Erhaltung der verlorenen Sache eine gewiſſe Fortdauer der Innehabung bezeichnet, wo der Beſitz eben deßhalb fortbeſteht. Iſt dieß nicht der Fall, ſo entſcheidet der bloße Wille nicht, weil er nach der Natur der Sache auf den Beſtand eines rein faktiſchen Verhältniſſes keinen Einfluß üben und ſolches dort nicht bewirken kann, wo die äußern Vorausſetzungen deſſelben nicht beſtehen. Uebrigens hat dieſe Fiction nicht viel praktiſche Bedeutung, weil der Beſitz auch dadurch erlöſchen ſoll, daß ein Anderer in den Beſitz der Sache gelangt, ein Beſitz den andern aufhebt, aus dem Grunde — „weil ſich vermöge der ausſchließenden Natur des Beſitzes eine compossessio in solidum nicht denken läßt.“ Dieſe Bemerkung iſt richtig, wenn ſie in jenem höchſt beſchränkten und juridiſch völlig bedeutungsloſen Sinne genommen wird, in welchem der alte römiſche Juriſt ſagt: — — „non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere vi-

dearis“ [1]). Schon die römischen Juristen scheinen das juridisch Unpraktische dieser Theorie eingesehen zu haben, indem sie hinwider den Mitbesitz Mehrerer nach idealen Theilen nicht ausgeschlossen haben wollen [2]) und so die Beschränkung des Besitzes auf das Sitzen oder Stehen auf einer Sache und das Festhalten derselben — sedere, stare, tenere, — verlassend, der Verschiedenheit der Besitzobjekte, der hiedurch bedingten Verschiedenheit, der den Besitz (dessen Ausübung) bildenden Thätigkeitsäußerungen und deren successive und complicirtere Modifikationen zulassende Beschaffenheit Rechnung tragen, wodurch das alleinige Verschulden des irrigen Grundbegriffes vom Besitze völlig blosgelegt wird. — Es ist auch füglich nicht abzusehen, warum eine Compossessio Mehrerer an derselben Sache nicht Geltung haben sollte, da denn doch die von der angefochtenen Doktrin selbst anerkannten zulässigen Arten der Besitz-Ergreifung und Besitz-Ausübung durch Wegführung, Verwahrung, völlig aber jene durch Verrainung, Einzäunung und Bearbeitung gewöhnlich nicht von einzelnen Personen gesetzt zu werden pflegen, wenigstens ihre Natur die völlig gleiche Betheiligung vieler Personen nicht ausschließt.

Wenn man die Aufhebungsart des Besitzes durch den fremden Besitz mit den weitern Aufhebungsarten bei dem Besitze von Rechten vergleicht; so bleibt völlig unerklärlich, warum bei körperlichen Sachen, eigentlich bei dem Eigenthumsrechte an beweglichen, oder unbeweglichen Sachen der Besitz aufhört, wenn ihn ein Anderer ergreift, — bei andern Rechten dagegen die Aufhebung des Besitzes erst dann eintreten soll, wenn der Besitzer es bei der von der andern Seite erfolgten Negation des Besitzes bewenden läßt und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt, daher der Besitz durch die Einklagung erhalten werden kann. Der Besitzer einer Sache, eigentlich wie schon gesagt wurde, der Kraft des Eigenthumsrechtes Besitzende, soll sich durch die Einklagung seines Besitzes nicht darin erhalten können, bei diesem Besitze soll es nur eine Klage zur Wiedererlangung, nie aber zur Erhaltung, Aufrechterhaltung des Besitzes geben? — und es müßte so sein, wenn die Besitzergreifung eines Andern sofort und immer den bisherigen Besitz aufheben würde! Dieß scheint aber selbst nach den positiven Gesetzen nicht der Fall zu sein, denn es besteht der summarische Besitz(störungs)proceß (in Oesterreich kundgemacht mit der kais.

[1]) Fr. 3. §. 5. D. 41. 2.)

[2]) Vergl. Fr. 5. §. 15. D. 13. 6. — Fr. 5. pr. D. 37 10. — Fr. 26. D. 41. 2.

Verord. vom 27. Oktbr. 1849, Z. 12 d. R. G.), welcher „zum Schutze des bedrohten, wie zur Wiederherſtellung des geſtörten Beſitzſtandes“ angeordnet wurde und den Jedermann, der „in dem Beſitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt, oder dieſes Beſitzes widerrechtlich entſetzt worden“, längſtens in dreißig Tagen von der erlangten Wiſſenſchaft der Störung einleiten kann (§. 2 ebdſ.). Sogar die eigenmächtige Selbſthilfe iſt geſtattet und muß geſtattet ſein, um ſich in ſeinem Beſitze zu ſchützen und im Falle, daß die richterliche Hilfe zu ſpät kommen würde, Gewalt mit angemeſſener Gewalt abzutreiben (§. 344 d. ab. G. B.).

Wenn der Beſitzer das Recht hat, ſich ſelbſt mit Gewalt im Beſitze zu erhalten, ſo kann wohl nicht bezweifelt werden, daß der Beſitzer auch dann noch, wenn ein Anderer ſich der Sache mit Eigenthumswillen bemächtigt, daher des Erſteren Innehabung aufgehoben hat, jedoch die richterliche Hilfe zu ſpät käme, die Gewalt, auch zur Wiedererlangung der Innehabung ſeines Beſitzobjektes, zur Erhaltung des Beſitzes anwenden kann. Dieſes Recht wird unter die wichtigſten ſogenannten Rechte des Beſitzes gezählt und doch wäre der dabei Thätige nicht mehr Beſitzer; dieß wäre ſein Gegner. Worin wurzelt ſein Recht, da doch ſein Beſitz als angebliche Quelle des Rechtes aufgehoben iſt? Welch' ein Rechtszuſtand wäre es wohl, wenn der Grundſatz conſequent und allgemein durchgeführt würde, daß der Beſitz des Eigenthümers verloren geht, wenn ſich ein Anderer in den Beſitz der Sache ſetzt und wenn dieſer ſofort alle Rechte des Beſitzers, auch gegen den früheren, verdrängten Beſitzer ausüben könnte, ohne daß dieſer eine andere Berechtigung hätte, als im ſogenannten petitoriſchen Rechtswege ſeine Rechte auf die Sache geltend zu machen oder ſich den Beſitz wieder mit Gewalt zu verſchaffen? Hiernach wird man wohl kein Bedenken nehmen, die Bedingung, welche bisher blos bei dem Verluſte des Beſitzes anderer Rechte gemacht wurde, auch auf den des Beſitzes des Eigenthümers auszudehnen und den Beſitz körperlicher Sachen erſt dann für verloren zu erklären, wenn die Sache in fremden Beſitz kommt und der Beſitzer die Erhaltung des Beſitzes nicht einklagt!

Aber ſehen wir auf den Beſitz anderer Rechte und die geſetzlichen Normen über deſſen Verluſt. Dieſer Beſitz wird verloren, wenn der Andere die bisherige Leiſtung verweigert (die bloße Erklärung des Entſchluſſes genügt nicht), wenn er die fremde Rechts-Ausübung nicht mehr duldet, oder wenn er das fremde Verbot nicht mehr achtet und der Beſitzer in allen dieſen Fällen die Erhaltung

des Beſitzes nicht einklagt (§. 350 d. a. b. G. B.). Nach dem poſitiven Geſetze gibt es zwar einen doppelten Beſitz-Proceß, den ſummariſchen und den ſogenannten ordentlichen — possessorium summarissimum et poss. summarium vel ordinarium. Bei jenem, — in Oeſterreich geregelt durch die kaiſ. Verordnung vom 27. Oktbr. 1849 (Z. 12 R. G.) — genügt von Seite des Klägers der Beweis, daß er vor nicht länger als 30 Tagen im Beſitze der Sache oder des Rechtes geweſen, worin er von dem Anderen beeinträchtigt, oder woraus er (der geſetzliche Beiſatz: „widerrechtlich" dürfte nicht am Platze ſein) verdrängt worden iſt, ohne Rückſicht darauf, wie der frühere, ältere Beſitz angefangen, ob ihm ein Recht zum Grunde liegt; bei dem possessorium ordinarium muß der Beſitzer oder Kläger beweiſen, daß er ein Recht zum Beſitze, oder ein Recht zu beſitzen hat. Dieſer Beweis ſetzt nothwendig jenen voraus, daß der Kläger ein Recht habe, welches im Beſitze ſeinen Ausdruck findet. Er muß alſo das Recht ſelbſt beweiſen, darthun, daß rechtlich kein Grund beſteht, ihn in der Ausübung eines Rechtes zu ſtören, oder zu hindern, daß daher ſein Recht anerkannt, er in deſſen Ausübung geſchützt werden muß. — Wie ſpäter noch gezeigt werden ſoll, iſt rechtlich als berechtigt anzuſehen nicht blos Jener, der ein gewiſſes Recht wirklich erworben und nicht wieder verloren, ſondern auch derjenige, der ein Recht ausübt und darin deßhalb nicht beirrt werden darf, weil er an ſich ein fähiges Rechtsſubjekt iſt und Niemand ſonſt einen dieſem Rechte widerſprechenden, damit unvereinbaren Anſpruch beweiſen kann. Dieß muß der Kläger im ſogenannten possessorio ordinario, daſſelbe und nicht mehr aber auch in petitorio beweiſen, um ein Recht direkt und ausdrücklich zur richterlichen Anerkennuug zu bringen. Der ordentliche Beſitz-Proceß fällt daher mit dem auf Geltendmachung des Rechtes ſelbſt in Eins zuſammen und es erübrigt nur der ſummariſche zur Wahrung des Beſitzes.

Die von der Einklagung des Beſitzes abhängig gemachte Dauer desſelben würde auf dieſe Art durch die für die ſummariſche Beſitz-Klage beſtimmte 30tägige Friſt derart beſtimmt, daß der Beſitz aufgehört hat oder verloren iſt, wenn der bisherige Beſitzer binnen 30 Tagen von der erhaltenen Kenntniß der Störung die Klage auf Aufrechthaltung des Beſitzes nicht eingebracht hat. Von den geſetzlichen Verjährungsfällen wird dieſe Art des Beſitz-Verluſtes ausdrücklich unterſchieden (§. 351 a. b. G. B). Auch beſchränkt das Geſetz das Inſtitut der Verjährung auf die Rechte ſelbſt und ihr Erlöſchen, wo-

bei der Beſitz als rein faktiſches Verhältniß bei Seite geſetzt bleibt.

Wenn behauptet wird, daß mit der Erlöſchung des Rechtes ſelbſt durch Verjährung auch der Beſitz desſelben erlöſche [1]), ſo beruht dieß auf einer Verwechslung des Beſitzes mit dem Rechte zum Beſitze, oder zu beſitzen, da der Beſitz, wenn das ihm zum Grunde liegende Recht verjährt, jedenfalls ſchon viel früher wegen unterlaſſener ſummariſcher Einklagung aufgehört haben muß und nur das Recht, den faktiſchen Zuſtand des Beſitzes wieder herzuſtellen und fortzuſetzen, dauert noch weiter fort bis zur Erlöſchung des Rechtes ſelbſt. Ueber die Natur und die rechtliche Bedeutung des ſummariſchen Beſitz-Proceſſes wird ſpäter das Weitere geſprochen.

Soviel dürfte gewiß ſein, daß die Beſtimmungen über den Verluſt des Beſitzes, wie ſie gegenwärtig beſtehen, keinen Anſpruch auf Conſequenz, noch minder auf juridiſche Richtigkeit haben.

§. 7. Eintheilung oder Arten des Beſitzes.

a) Rechtmäßiger Beſitz.

Um zu den ſogenannten Rechten des Beſitzes, dem wichtigſten Theile der Beſitztheorie, überzugehen, müſſen zuvor die verſchiedenen Eintheilungen des Beſitzes erwähnt werden, da denſelben nach den beſtehenden geſetzlichen Beſtimmungen auf dieſe Rechte ein weſentlicher Einfluß eingeräumt wird. Dieſe Eintheilungen unterſcheiden einen: 1. rechtmäßigen und unrechtmäßigen, — 2. einen redlichen und unredlichen, — 3. einen echten und unechten Beſitz, — 4. den Allein- und Mitbeſitz [2]).

Rechtmäßig nennt das Geſetz denjenigen Beſitz, der auf einem giltigen Titel, d. i. auf einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde beruht; das Gegentheil iſt der unrechtmäßige Beſitz (§. 316 a. b. G. B.). Ueber den Titel ſpricht ſich das Geſetz weiter nur dahin aus, daß derſelbe bei freiſtehenden Sachen in der angebornen Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden, bei anderen Sachen in dem Willen des vorigen Beſitzers, im Ausſpruche des Richters, oder endlich im Geſetze, welches Jemanden (unmittelbar) das Recht zum Beſitze ertheilt, liegt (§. 317 d. G. B.). Soweit das Geſetz.

[1]) Vergl. Stubenrauch a. a. O., S. 700, 7.
[2]) Die Unterſcheidung von Natural- und Tabular- (natürlichen und bücherlichen, auch bürgerlichen) Beſitz — wird als rein poſitiv — hier übergangen.

Die Commentatoren verstehen unter giltigen Titel, — außer der bei freistehenden Sachen als solcher genügenden angeborener Freiheit zu physischer Ergreifung derselben, — jenen Grund, d. i. Rechtsgrund, welcher zur Uebertragung des Rechtes, um das (dessen Besitz) es sich handelt, hinlänglich wäre, wenn solches dem Uebergeber (besser Vorbesitzer) gebührt hätte [1]).

Gegen diese Begriffsbestimmungen und die darauf gebaute Unterscheidung des Besitzes fallen mehrere Bedenken auf. Zunächst schon gegen den Begriff des Titels. Dabei wird die objektive und subjektive Seite des Rechtes verwirrt. Einerseits wird der Besitz möglichst objektiv, als rein thatsächliches, jeden rechtlichen Charakters baares Verhältniß aufgefaßt, andrerseits soll wieder dieses faktische Verhältniß einen rechtlichen Grund und diesen in der subjektiven Beschaffenheit der Person, in der dem Person-Charakter wesentlichen Freiheit zu allen fremde Rechtssphären nicht beirrenden Handlungen haben können. Der Seiens- oder Möglichkeitsgrund des Besitzes bei freistehenden Objekten ist ebenso wohl die Herrenlosigkeit dieser Objekte, als die Berechtigung der Person, daran Rechte auszuüben; beide ermöglichen, an derlei Objekten Rechte auszuüben und wegen der Allgemeinheit dieses Grundes entfällt die in Rede stehende Eintheilung des Besitzes bei freistehenden Rechtsobjekten; in der vorausgesetzten Eigenschaft des Freistehens liegt der Titel und ist hier ein sogenannter unrechtmäßiger Besitz nicht denkbar. Anders verhält es sich bei dem sogenannten abgeleiteten Besitz, der mittelbaren Besitzerwerbung. Rechtsobjekte, die sich schon im Besitze einer Person befinden, können aus deren Rechtssphäre nicht ohne eine besondere, neue Thatsache austreten, oder ausgeschieden werden, und diese Thatsache ist hier der Seiensgrund für den neuen Besitz. So weit sind wir mit der bisherigen Auffassung einverstanden.

Zur Giltigkeit dieser Thatsache, sofort Rechtmäßigkeit der dadurch bedingten Besitzergreifung und des Besitzes selbst — fordert Gesetz und Theorie nicht, daß diese Thatsache dem Wesen des Rechtes und Rechtszustandes entspreche, also den Uebergang des Rechtes aus einer Rechtssphäre in die andere vollkommen rechtfertige, sondern es wird sich mit einer gewissen Form begnügt, welche die Thatsache, unbekümmert um ihren innern Gehalt, bieten soll. Es soll eine Thatsache hinreichen, welche nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zur Uebertragung des Rechtes, um dessen Besitz oder Ausübung es sich handelt,

[1]) Stubenrauch a. a. O., S. 642, 2.

ihrer äußeren Natnr nach gefordert wird, obſchon ihr der rechtliche Werth deßhalb mangelt, weil derjenige, von welchem die Uebertragungsthatſache ausgeht, dazu in der That kein Recht hat, — ganz unberechtigt in die fremde Rechtsſphäre eingreift und etwas weiter überträgt, was ihm ſelbſt nicht gebührt. Da das Rechtsſubjekt nur innerhalb ſeiner Rechtsſphäre ſelbſt verfügen und Niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm ſelbſt gebühren; ſo iſt jede über die eigene Rechtsſphäre hinaus unternommene Rechtsübertragung rechtslos, ungiltig, zur Uebertragung des Rechtes nicht geeignet, daher auch, ſobald das faktiſche Verhältniß nach ſtrengen Rechtsgrundſätzen beurtheilt werden ſoll, nicht genügend, um ſelbſt nur die bloße Ausübung eines Rechtes rechtlich feſtzuſtellen, gegen Anfechtungen zu ſichern, eine derlei Uebertragung iſt ſelbſt rechtslos, daher auch nicht Rechte begründend. Und dennoch ſoll das derart eingeleitete Beſitz-Verhältniß ein rechtmäßiges ſein? Derjenige, welcher eine Sache ſtiehlt, iſt ohne Zweifel ein höchſt unrechtmäßiger Beſitzer; jener, der die geſtohlene Sache wiſſentlich vom Diebe kauft, ſoll ein rechtmäßiger Beſitzer ſein! Er wird ſogar als Theilnehmer am Diebſtahle beſtraft, zur Zurückſtellung der angekauften Sache und vollen Erſatzleiſtung verhalten, — und dennoch ſoll ſein Beſitz ein rechtmäßiger ſein, er ſoll für den Diebſtahlstheilnehmer Rechte begründen können, ohne daß die Bedingungen erfüllt wurden, welche ſonſt doch zur Uebertragung dieſer Rechte erforderlich ſind, blos, weil er und der Dieb die Form des Kaufgeſchäftes gewählt haben?

Die rechtlichen Wirkungen dieſer Eintheilung des Beſitzes werden ſpäter ausgeführt; hier möge nur noch bemerkt werden, daß der Ausdruck rechtmäßig wenigſtens unglücklich gewählt iſt, um eine ſolche bloße Schein-Rechts-Uebertragung zu bezeichnen, daß ein ungiltiger Seinsgrund, oder Titel eigentlich keiner, daher es auch unpaſſend iſt, als Eintheilungsgrund des Beſitzes, wenigſtens in dieſem Sinne die Rechtmäßigkeit zu gebrauchen. Mit Rückſicht auf die in jeder Beziehung giltige Rechtsübertragung müßte außer dem unrechtmäßigen und rechtmäßigen, noch ein rechtmäßigerer, oder ganz rechtmäßiger Beſitz unterſchieden werden, was die logiſche Richtigkeit dieſer Eintheilung wohl ſehr in Zweifel ziehen läßt [1]).

[1]) Noch auffälliger wird dieß, wenn man zu dem unrechtmäßigen Beſitze außer jenem, der auf keinem giltigen Titel beruht, auch jenen rechnet, der gar keinen Titel für ſich hat. Vergl. Stubenrauch a. o O., S. 642. 3.

Um den Begriff der Rechtmäßigkeit des Beſitzes näher zu erklären, ſagt das Geſetz weiter, „der Inhaber im fremden Namen habe als ſolcher keinen Rechtsgrund zur Beſitznahme der Sache, der Inhaber iſt nicht berechtigt, den Grund der Innehabung zu ändern und ſich dadurch eines Titels anzumaſſen, wohl aber könne der Beſitzer das Beſitzrecht einem Andern überlaſſen, um künftig die Sache in deſſen Namen inne zu haben; durch einen giltigen Titel erhält man nur das Recht zum Beſitze, nicht den Beſitz ſelbſt; wer nur das Recht zum Beſitze hat, kann ſich im Weigerungsfalle nicht eigenmächtig in Beſitz ſetzen, ſondern muß dieſen mit Anführung ſeines Titels im Rechtswege fordern" (§. 318—320 d. G. B.).

Die Richtigkeit dieſer Beſtimmungen, wenn ſie auf die Ausübung eines Rechtes und denjenigen, der es ausübt, bezogen werden, läßt ſich nicht bezweifeln, doch tragen ſie keineswegs zur Erklärung der Gliederung des rechtmäßigen und unrechtmäßigen Beſitzes bei. Derjenige, welcher das Recht eines Andern ausübt, hat nicht den mindeſten rechtlichen Grund, blos darum dieſes Recht als eigenes auszuüben und ſo das fremde Recht zu negieren, doch der Ausübung eines fremden Rechtes, alſo des Rechtes im fremden Namen, oder mit Verſtattung des Berechtigten ſteht Nichts entgegen, — ebenſo wenig daher dem Vorgange, vermöge deſſen der Berechtigte ſein Recht einem Andern abtritt und ſolches in Hinkunft in deſſen Namen ausübt. Nicht minder zweifellos iſt es, daß das Recht ſelbſt und deſſen Ausübung inſofern weſentlich verſchieden ſind, als jenes das Attribut der Perſon, dieſe dagegen eine Thatſache iſt, — daß das Recht fortbeſteht, auch wenn es nicht ausgeübt wird, — daß aber auch ſcheinbar, äußerlich ein Recht ausgeübt werden kann, ohne daß dasſelbe beſteht. Das Recht umfaßt wohl die Befugniß, es auszuüben, nicht aber die Ausübung ſelbſt. Um ſagen zu können, daß ich ein Recht ausübe, genügt nicht, daß ich das Recht habe; ich muß auch jene Handlungen unternehmen, welche der Ausdruck des Rechtes ſind, wodurch dieſes ausgeübt wird. Wer nur das Recht hat, darf ſolches im Weigerungsfalle nicht eigenmächtig auszuüben beginnen, dies wäre die Einleitung des allgemeinen Krieges, ſondern muß unter Nachweiſung des Rechtserwerbes vom Richter fordern, daß er die Hinderniſſe beſeitige, welche ſich der Rechtsausübung entgegenſtellen. Dieß Alles gilt jedoch nur von dem Falle, wo das Recht (ſei es wirklich, oder doch in juridiſcher Beziehung, weil deſſen Abgang nicht erwieſen iſt, vorhanden) aus-

geübt wird, oder werden will*). Auf den bloßen Besitz, d. i. den Besitz ohne feste rechtliche Grundlage angewendet, ergibt sich aus den eben auseinandergesetzten Bestimmungen ein Anderes.

Nach dem bisherigen Begriffe vom giltigen Besitztitel brauchte man sich eine gestohlene, geraubte oder veruntreute Sache von dem Uebelthäter — um irgend einen Preis — verkaufen zu lassen, um auf Grund dieses Geschäftes das Recht zum Besitze der Sache zu erwerben und sofort die Einräumung des Besitzes von dem Richter fordern zu können. Unserer Ansicht nach wird, um die Ausübung eines Rechtes ansprechen zu können, das Dasein eines Rechtes, und zur Begründung dessen ein in rechtlicher Beziehung giltiger, zur Uebertragung des Rechtes geeigneter Seinsgrund, z. B. ein völlig giltiger Kaufvertrag, gefordert, und dazu gehört wieder wesentlich, daß der Vorbesitzer, oder der das Recht zuvor Ausübende hiezu berechtigt war, oder wenigstens nicht erweislich unberechtigt war. Derjenige, welcher sein Recht von einem Diebe, oder Räuber herleitet, hat keinen, weil keinen giltigen Rechtsgrund. Weil die Natur dieses Rechtsgrundes nicht äußerlich erscheint, so bleibt selbst der, welcher in solcher Weise ein Recht ausübt, in dieser Ausübung wohl ungestört, so lange nicht Klage geführt und der Abgang des Rechtes und Rechtsgrundes dargethan wird; geschieht dieß aber, dann hat die scheinbare Rechtsausübung aufgehört. Um so minder kann unter solchen Umständen die Einräumung der Ausübung des Rechtes erwirkt werden. Man muß sich hier auf den Standpunkt des Richters stellen, von welchem verlangt wird, daß dem Einen die Ausübung eines Rechtes ab-, dem Anderen zuerkannt werde. Die Befugniß, ein Recht auszuüben, kann doch nur Jenem zugesprochen werden, der beweist, daß er das Recht hat, beziehungsweise zu haben scheint, weil kein Anderer den Beweis herzustellen vermag, daß ihm, und nicht dem das Recht Ansprechenden das Recht gebührt. Zum Zwecke der Aberkennung der Ausübungsbefugniß muß der Kläger den Erwerb des Rechtes, also einen giltigen Rechtsgrund darthun. Die Eintheilung des Besitzes in rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz reducirt sich demnach auf die Unterscheidung

*) Die zur Erwerbung des Rechtes von Gesetz und Doktrin bisher geforderten zwei wesentlichen Merkmale — der Titel und die Erwerbungsart, dann die Stichhältigkeit deren Unterscheidung — sollen später geprüft werden; hier genügt es, sich auf die Erklärung der Nothwendigkeit einer Besitz-Einräumung zu beschränken; doch auch diese wird bei einer andern Eintheilung des Besitzes, — des echten und unechten Besitzes, erörtert werden.

der Ausübung und Anmaßung eines Rechtes; letztere besteht bis zum Beweise ihrer rechtlichen, beziehungsweise rechtslosen Natur, womit sie in sich zusammenbricht; bis dahin besteht sie als Rechts-Ausübung, von da besteht sie gar nicht mehr. Es gibt keinen zureichenden Grund, eine solche Rechtsanmaßung, die an sich kein rechtliches Dasein hat, besonders zu behandeln, womit die Eintheilung in rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz alle Bedeutung verliert.

Nur eine Bemerkung sei noch gestattet, um die Unrichtigkeit der hergebrachten Theorie zu zeigen. Bei dem Begriffe des rechtmäßigen Besitzes wird von Allem abgesehen von dem rechtlichen Bewußtsein des Vorbesitzers und Besitz-Erwerbers, wie von der Art und Weise, wie der Besitz wirklich erlangt, ergriffen wird; nur der Grund, mittelst dessen der Besitz vom Vorbesitzer auf den letzten Erwerber übergeht, soll entscheidend sein. Eine Sache mag dreimal geraubt worden sein, der letzte Räuber verkauft sie dem N., und dieser wird darum rechtmäßiger Besitzer, wenn er auch im vollen Einverständnisse mit dem Räuber handelte; deshalb könnte er im Streite selbst mit dem Eigenthümer auf Grund des, obschon offenbar und erwiesen ungiltigen Kaufvertrages — vom Richter die Einräumung des Besitzes erwirken! Diesen Uebelstand hat schon Zeiler, der erste Commentator des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*), erkannt, wenn er für den Fall einer dringenden Gefahr, z. B. gegen den Räuber, — die Selbsthilfe, — unbeschadet der Rechtmäßigkeit gestattet erklärt. Und seine Bedenken sind ganz gegründet. Denn entscheidet nur der rechtliche Grund des Ueberganges der Sache vom letzten Vorbesitzer auf den letzten Besitzer, so muß der frühere Zustand für alle Fälle außer Acht bleiben, — der Vorbesitzer mag die Sache mit oder ohne rechtlichen Grund an sich gebracht haben. Auch gegen den Räuber könnte der Eigenthümer in possessorio nicht ausreichen, denn dieser könnte ja vielmehr die richterliche Hilfe selbst gegen den der gerechten Selbsthilfe sich bedienenden Eigenthümer ansprechen.

§. 8.

b) Redlicher Besitz.

Eine weitere Eintheilung des Besitzes, welcher, wie später gezeigt wird, Gesetz und Doktrin ein noch größeres Gewicht beilegen, als jener des rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitzes, ist die Unter-

*) Dessen Comment. Bd. 2, S. 53.

ſcheidung des redlichen und unredlichen Beſitzes. Die geſetzliche Textirung iſt minder genau; ſie läßt ſich aber dahin präciſiren: ein redlicher Beſitzer ſei Jener, welcher aus wahrſcheinlichen Gründen dafür hält, daß die Sache, die er beſitzt, ihm gehöre, — der unredliche, der weiß, oder aus den Umſtänden vermuthen muß, daß die von ihm beſeſſene Sache einem Andern gehöre. Die Redlichkeit des Beſitzes wird vermuthet; das Gegentheil muß bewieſen werden. Der redliche Beſitzer wird ſchon vom Zeitpunkte der gegen ihn eingebrachten und ihm zugeſtellten Klage als unredlich behandelt, wenn er nachträglich zur Herausgabe der Sache verurtheilt wird (§§. 326, 328, 338 a. b. G. B.). Es iſt kaum nöthig, des Weiteren zu bemerken, daß das Geſetz auch hier, wie in der Theorie vom Beſitze überhaupt, den Begriff auf die Innehabung der Sache beſchränkt, ſtatt von der Ausübung eines Rechtes überhaupt zu ſprechen und als redlichen Beſitzer Jenen zu erklären, der aus wahrſcheinlichen Gründen dafür hält, daß ihm das Recht, welches er ausübt, wirklich als eigenes gebührt.

Während die frühere Eintheilung des Beſitzes das Gewicht nur auf die allgemeine rechtliche Natur des Grundes, wie der Beſitz erlangt wurde, legt, ſieht dieſe Eintheilung einzig nur auf das Bewußtſein des Beſitzers, freilich auf das durch die Umſtände begründete Bewußtſein deſſen, der ein Recht ausübt. Schon aus der Begriffsbeſtimmung wird der rechtliche Werth dieſer Eintheilung klar. Welchen Einfluß kann wohl das Bewußtſein, die Meinung einer Perſon auf fremde Rechte ausüben? Wenn ſich ein Anderer aus Irrthum meines Rechtes anmaßt, welche Aenderung in meinem Rechte kann dies bewirken, da denn doch über mein Recht, eben weil es mein iſt, nur ich zu verfügen habe? Kann wohl dem geſtörten Berechtigten die Befugniß abgeſprochen werden, die volle Zurückſetzung in den vorigen Stand zu fordern, ohne Rückſicht, ob der Andere im guten oder böſen Glauben handelte? Die Rechte einer Perſon ſind von dem Bewußtſein Anderer ganz unabhängig und können gegen den Irrenden, ſelbſt ganz unverſchuldet Irrenden eben ſo, wie gegen den abſichtlichen Rechtsverletzer vertheidigt und verfolgt werden. Die Straf-Imputation mag das Bewußtſein würdigen, aber das Recht kann dadurch nicht alterirt werden. Die Bedeutung der Beſitz-Eintheilung nach der Redlichkeit des Beſitzers muß demnach durch eine richtige Theorie vom Schaden-Erſatze beträchtlich abgeſchwächt werden.

Als redlich erklärt das Geſetz den Beſitzer, der aus wahrſcheinlichen Gründen dafür hält, daß ihm das Recht, welches er

ausübt, gebühre, — als unredlich Jenen, der aus den Umſtänden weiß, oder vermuthen muß, daß ihm das Recht nicht, ſondern einem Andern gebühre, — dann jenen Beſitzer, bei welchem das letztere nicht der Fall iſt, wenn ihm aber nachträglich das Recht gerichtlich aberkannt wird, in welchem Falle die Unredlichkeit vom Zeitpunkte der zugeſtellten Klage zu berechnen kommt (§§. 338 des G. B.). Die geſetzlichen Rechte des redlichen Beſitzes ſind von unendlicher Tragweite, ſie bewirken eine wenigſtens zeitweiſe Aufhebung des Rechtes; denn nur als ſolche kann es der Berechtigte anſehen, wenn ein Anderer blos aus dem Grunde, weil er im Irrthume befangen iſt, oder einen minderen Grad von Aufmerkſamkeit entwickelt, ohne Verantwortung — das Recht des wahrhaft Berechtigten ausüben und ſelbſt bis zur Aufhebung ausbrauchen kann; oder wer wird ſich wohl in der Idee gefallen, fortan der Berechtigte zu ſein, während ein Anderer das Recht ohne alle Beſchränkung und ohne alle Verantwortung ausüben kann? Oder iſt es wohl ein Anderes, wenn der ſogenannte redliche Beſitzer das Recht ausüben darf, ohne irgend einen Erſatz leiſten zu müſſen? Wenn er ſogar die noch vorhandenen, rückſtellbaren Früchte und Nutzungen behalten kann, blos weil er im Irrthume war und dieſe Früchte abgeſondert hat, oder die Nutzungen während des Beſitzes fällig geworden? Wer iſt wohl da der Berechtigte, jener, der das Recht in aller Art und Form erworben, oder der ſogenannte redliche Beſitzer, da doch dieſem die Nutzungen ver- oder zufallen? Iſt da nicht das Recht des Berechtigten zu Gunſten des Beſitzers aufgehoben? — Alſo der Irrthum gibt dem Irrenden ein Recht, beraubt den Andern ſeines Rechtes! Wohl bemerkt, es handelt ſich hier noch nicht um die ſ. g. Erſitzung, als beſondere poſitive Rechtsquelle, bei welcher der geſetzlich fixirte Zeitverlauf die Hauptrolle ſpielt; nein, die einfache Thatſache des redlichen Beſitzes, er ſei von welch' immer noch ſo kurzer Dauer, iſt hier in Rede; ſie iſt es, welche in Verbindung mit dem Irrthume des das Recht Ausübenden — Rechte gibt und nimmt! Wenn aber das Geſetz einerſeits dem Bewußtſein eine ſolche Wichtigkeit beilegt, wie kann es andererſeits eine Fiktion für die Unredlichkeit aufſtellen, welche einzig in der Zuſtellung der Klage begründet iſt? Aus welchem Grunde verliert mit der Klags-Zuſtellung das innere Bewußtſein des Beſitzers allen Werth ſo weit, daß der Beſitzer mit Einemmale aller bisherigen an den redlichen Beſitz geknüpften ſo wichtigen Rechte verluſtig wird? Es mag zugegeben werden, daß der Beſitzer durch die Zuſtellung der Klage auf Abgabe des Beſitzes auf die Natur ſeines

Beſitzes und Benehmens aufmerkſam werden, daß er darüber näher oder tiefer nachdenken ſoll, obwohl er dieß auch ſchon früher zu thun ſchuldig war. Aber wenn er nun über die zugeſtellte Klage wirklich nachdenkt, ihm aber, weil er ein etwas minder zartes Rechtsgefühl hat, doch keine Bedenken kommen, kann man wohl ſagen, daß er die Rechtsloſigkeit vermuthen mußte, daß ihm dieſe Vermuthung eben mit Zuſtellung der Klage entſtehen mußte? Doch dieſen beſonderen, noch auf einer Fiktion beruhenden Fall der Unredlichkeit bei Seite laſſend, — wird man wohl zugeben, daß die Beſtimmungen über die Redlichkeit und Unredlichkeit des Beſitzes durch jene vom Schadenerſatze zu ergänzen, oder doch zu erklären ſind? Um den Grad der Wahrſcheinlichkeit der Berechtigung, wie hinwieder die Nothwendigkeit der Vermuthung dieſes Rechts-Abganges zu ermeſſen, wird man den Begriff des Verſchuldens einbeziehen und erklären müſſen, es werde in allen Fällen ein ſolcher Grad des Fleißes und der Aufmerkſamkeit vorausgeſetzt, der bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann (§. 1297 a. b. G. B.), und nur Jener ſei redlicher Beſitzer, der unter dieſer Vorausſetzung ſein Recht für begründet hält und keinen Anlaß findet, an der Richtigkeit dieſer Annahme zu zweifeln. Freilich wird man auch in dieſem Wege keine Feſtigkeit der Principe gewinnen, weil die hergebrachte Theorie des Schaden-Erſatzes auch noch viel zu wünſchen übrig läßt. Ein Mehreres dort, wo von den Rechten des (redlichen) Beſitzes geſprochen wird; — nur ſei noch bemerkt, daß dieſe Unterſcheidung des Beſitzes wegen der dabei nöthigen inquiſitoriſchen Beweisherſtellung mehr dem Straf-, als dem Privat-Rechte angehört!

§. 9. Echtheit des Beſitzes.

Eine dritte Eintheilung des Beſitzes findet Geſetz und Doktrin in dem *echten* und *unechten* Beſitze und gilt dabei als Eintheilungsgrund die unmittelbare Thatſache der Beſitz-Erwerbung, die Thatſache, mittelſt welcher der Beſitzer zur erſten Beſitzhandlung gelangt. Als echt wird der Beſitz angeſehen, der an freiſtehenden Sachen überhaupt, dann an ſonſtigen Beſitz-Objekten durch Uebergabe von Seite des Vorbeſitzers, im Weigerungsfalle unter Anrufung des Richters von dieſem erlangt wird; jeder andere Beſitz iſt unecht und findet man ſolchen insbeſondere in den ſchon von den alten Römern hervorgehobenen drei Fällen, wenn das den Beſitz charakteriſirende Element der Innehabung mit Gewalt, durch Liſt, oder durch eigenmächtige Aenderung eines bloßen

Gefälligkeits- in ein Rechtsverhältniß, durch Mißbrauch des sogenannten Bittleihens (vi, clam aut precario) erlangt wird (§. 345 d. a. d. G. B.). Die gesetzliche Textirung ist an dieser Stelle noch ungenauer, als bei den andern; es heißt, daß im Falle, wenn der Besitz, beziehungsweise die Innehabung auf eine der angegebenen Arten erlangt wird, der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz noch überdies unecht werde (ebend.). Wenn die Verschiedenheit der Eintheilungsgründe erwogen wird, so entfällt jeder Zweifel, daß die bisher angeführten Eintheilungen neben einander bestehen können, und daß nichts entgegensteht, um den Besitz nach Umständen rechtmäßig und redlich und doch unecht, wie auch, ihn unrechtmäßig und unredlich und doch echt zu nennen, und daß die gesetzliche Textirung von den gewöhnlichen Fällen ausgehe, in denen der unechte Besitz auch zugleich unrechtmäßig und unecht, der echte dagegen nur selten unrechtmäßig und unredlich sein wird, da derjenige, welcher das Recht zum Besitze hat und sich für berechtigt hält, redlich ist, selten Widerstand und Grund finden wird, sich ohne Anrufung richterlicher Hilfe die Innehabung zu verschaffen, dagegen derjenige, welcher ohne Titel und unredlicher Weise nach einer Sache strebt, gar oft Widerstand treffen und sich scheuen wird, die richterliche Dazwischenkunft anzurufen.

Hält man diese Eintheilung des Besitzes mit der früher besprochenen zusammen, so wird man zugeben, daß sie mehr als diese, ja nur sie dem Wesen des sogenannten Besitzes entnommen ist, daß sie Bedeutung, freilich eben so wenig wie letzterer juridische Bedeutung hat; denn während man bei dem rechtmäßigen Besitze das faktische Verhältniß mit einem in rechtlicher Beziehung halben Rechts-Grunde in Verbindung bringt und bei dem redlichen, den Irrthum oder die Unachtsamkeit auf Kosten des Rechtes wegen Abganges moralisch verwerflicher Momente mit besonderen Befugnissen bekleidet, oder belohnt, hält sich die Eintheilung des echten und unechten Besitzes einzig an die Art des Zustandekommens des den Besitz bildenden faktischen Verhältnisses. Aber auch sie hat keine Berechtigung in juridischer Beziehung. Selbst nach dem Gesetze findet diese Eintheilung keine durchgreifende Geltung.

Gegen den sogenannten unechten Besitz findet die summarische Besitzklage statt*), über welche, ohne Rücksicht auf das Bewußtsein des Klägers, ohne Rücksicht auf jeden Rechtsgrund, nur die Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes erörtert und auf dessen Erhaltung

*) Verordnung vom 27. Oktober 1849.

oder Wiederherſtellung erkannt wird. Aber nicht immer; nur dann wird dieſem Klagebegehren Folge gegeben, „wenn es längſtens binnen dreißig Tagen von der erlangten Wiſſenſchaft der Störung" geſtellt wird. Wird die Klage ſpäter erhoben, ſo wird ſie zurückgewieſen, alſo der ſelbſt unredliche, unrechtmäßige und unechte Beſitz geſchützt, weil er ſchon 30 Tage alt iſt; weiterhin iſt der Beſitzerwerber auf die ordentliche Beſitzklage — possessorium ordinarium — angewieſen, von der wir ſchon früher dargethan, daß ſie mit der Merital-Klage auf Anerkennung des Rechtes, mit welchem der Beſitz verbunden iſt, zuſammenfällt, und daß ſie mit Schöpfung der ſummariſchen Beſitzklage alle praktiſche Bedeutung verloren. Nicht die bloße Echtheit des Beſitzes entſcheidet, ſondern in Verbindung mit einem gewiſſen Zeitabſchnitte, jenem von 30 Tagen nämlich, über welchen hinaus der echte Beſitz nicht aufgehört haben darf, denn nach Verlauf dieſer Zeit verliert der urſprünglich unechte Beſitz dieſen Charakter und wird zum echten, wenigſtens in ſo ferne, als bis zu dieſer Zeit der urſprünglich echte Beſitz, nach Ablauf derſelben aber der gegneriſche, anfänglich unechte Beſitz vom Richter geſchützt wird. Der jüngere Beſitz mag von was immer für einer Beſchaffenheit ſein, ſelbſt der Beſitz des Räubers muß geſchützt werden, weil der Gegner ſeit dem Verluſte ſeines Beſitzes 30 Tage verſtreichen ließ, ohne zu klagen.

Daß durch dieſe Verfügungen der Verordnung vom 27. Oktober 1849 die Beſtimmungen des allgemeinen bürgerlichen Geſetzbuches über den echten und unechten Beſitz ſehr alterirt wurden, iſt wohl nicht zu leugnen. Doch ſo klar ſind die geſetzlichen Beſtimmungen keineswegs. Die letztcitirte Verordnung ſagt wohl (§. 5), daß es in dem ſummariſchen Beſitz-Proceſſe einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatſache des letzten faktiſchen Beſitzſtandes und der erfolgten Störung ankomme, daß ſich die richterliche Verfügung und das Erkenntniß auf den Schutz und die Wiederherſtellung des geſtörten Beſitzes zu beſchränken habe, und daß die Geltendmachung des Rechtes, oder eines ſtärkeren Rechtes zum Beſitze mit den Fragen über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Beſitzes auf den ordentlichen Rechtsweg gewieſen ſei. Dieſelbe Vorſchrift weiſt aber auch die ſummariſche Beſitzklage demjenigen zu, der in dem Beſitze beeinträchtiget, oder dieſes Beſitzes widerrechtlich entſetzt worden iſt (§. 2). Ueber den Sinn des Ausdruckes: widerrechtlich — kann hier mancher Zweifel entſtehen; das Geſetz kennt keine beſondere Unterſcheidung eines rechtlichen und widerrechtlichen Beſitzes und es wird hier wohl der unechte Beſitz gemeint ſein, obſchon

dann der Ausdruck ſehr unglücklich gewählt iſt. Ein Näheres wird bei Erörterung der Beſitzrechte geſagt; hier genügt, daß das Geſetz wenigſtens nach dem ausdrücklichen Wortlaute die Eintheilung des Beſitzes in den echten und unechten von den übrigen ganz unterſcheidet und als eine völlig davon unabhängige Eintheilung behandelt wiſſen will.

§. 10. Allein- und Mitbeſitz.

Endlich ſpricht das Geſetz noch von einem Allein- und Mitbeſitze. Das Geſetz ſagt hierüber nicht viel, aber doch genug, um zu entnehmen, welcher Anſicht der alten Doktrin es ſich anſchließt. Geſtützt auf den Begriff des Beſitzes als Innehabung einer Sache mit Eigenthumswillen und der damit geforderten Ausſchließlichkeit der Verfügung des Beſitzes über die Sache bildete die Theorie den Grundſatz, in dem Beſitze einer und derſelben Sache könne ſich nur Eine Perſon befinden, ein Mitbeſitz mehrerer Perſonen an derſelben Sache ſei ein Unding. Hieran anſchließend ſpricht das Geſetz von einem Mitbeſitze nur in dem Sinne, daß eine Perſon die Sache ſelbſt, eine andere aber das Recht auf alle oder auf einige Nutzungen dieſer Sache beſitzt (§. 327 a. b. G. B.). Um in einem ſolchen Falle von Mitbeſitze ſprechen zu können, muß man dieſen Ausdruck in einer ganz uneigentlichen Bedeutung nehmen; denn das Vorwort: „mit" drückt ſtets eine gewiſſe Gemeinſchaft aus und es muß dem Begriffe, zu deſſen Bezeichnung es gebraucht wird, ſtets in einer gewiſſen Beziehung eine Gemeinſchaft innewohnen, welche die Verbindung einer gewiſſen Viel- oder Mehrheit mit einer Einheit vermitteln ſoll. Beim Mitbeſitze beſteht begriffsmäßig eine Mehrheit der beſitzenden Perſonen und eine Einheit der zu beſitzenden Sache, und die Verbindung beider wird durch die Gemeinſamkeit des Verhältniſſes der Perſonen zu der Einen Sache bewirkt. Wenn man von dem hergebrachten Begriffe des Beſitzes ausgeht, wird dieſe Anwendung freilich ſchwer, in gewiſſen Fällen unmöglich, aber nicht in allen. Selbſt nach den bisherigen Begriffen vom Beſitze wird, wie ſchon erwähnt, nicht zu jedem Beſitze ein auf der Sache Sitzen oder Stehen gefordert, es iſt dies bei vielen Objekten nicht denkbar. Eine Sackuhr kann ich in der Taſche tragen und ſo jedem Andern alle Einwirkung darauf unmöglich machen; nicht dasſelbe gilt z. B. von einem Grundſtücke, einem Hauſe. Für dieſe Fälle kennt Theorie und Geſetz andere Arten der Beſitzergreifung und Ausübung, wie: die Verrainung, Bearbeitung, Einzäunung, oder Bezeichnung. Ich beſitze den Garten, den ich mir angelegt und

eingefriedet, sammt allen darin wachsenden Bäumen und den Früchten derselben, obschon ich nicht auf jedem Quadrat-Zoll sitzen, oder stehen, oder auch nur einen Andern für mich sitzen oder stehen lassen kann. Warum können hier nicht mehrere unter sich einige Personen gleichzeitig dieselbe Sache, dasselbe Grundstück auf diese Art im Besitze haben? Wenn nun gar diese mehreren Personen ihrer Gemeinschaft so weit Ausdruck geben, daß sie sich in die Bearbeitung des gemeinsamen verrainten Terains theilen, sei es nach besonderen Strecken oder nach Zeitabschnitten; wer wird wohl Anstand nehmen können, zu sagen, daß diese mehreren Personen sich Alle, und zwar fortwährend im Besitze des Grundstückes befinden? Nach Verschiedenheit des Objektes ist selbst ein solcher Vorgang nicht nothwendig; denn ist ein Garten eingezäunt und angepflanzt, so fordert die Natur desselben selbst von Seite dessen, der das sogenannte volle Eigenthum desselben hat, und ausübt, nicht eine beständige Thätigkeit; der Eigenthümer kann die Zeit der Fruchtreife ruhig abwarten, ohne darum inzwischen aufgehört zu haben, den Garten zu besitzen. Dieß schließt ein ganz gleiches Verhältniß mehrerer Personen nicht aus. Der im Gesetze berührte Fall des Mitbesitzes bleibt außer allem Betracht, es ist dies, da das Objekt jedes Besitzes ein anderes ist, wohl eine scheinbare Einheit des Gegenstandes, aber kein Mitbesitz!

Wie ganz anders und natürlich gestaltet sich die Sache, wenn man unserer Ansicht nach im Besitze Nichts als die Ausübung eines Rechtes erblickt und zur Ausübung des Besitzes eben nichts Anderes und mehr fordert, als wodurch das Recht äußerlich erkennbar ausgeübt wird. So gewiß das Recht mehreren und vielen Personen gleichzeitig gemeinschaftlich sein kann; so kann dieß auch die Ausübung desselben, und wird man an der Möglichkeit eines Mitbesitzes bei allen Rechten, eigentlich bei dem Rechte in allen nur denkbaren Richtungen desselben, nicht mehr zweifeln.

Hier noch einige Bemerkungen, welche durch die Behauptungen nöthig werden, die bisher gang und gäbe sind. Aller Besitz, sagt man, ist ausschließend, ein gemeinschaftlicher Besitz derselben Sache (compossessio in solidum) ist nicht möglich; sind Mehrere im Besitze, so besitzt Jeder nur einen Theil, die andern Theile nicht. So lange der bisherige Besitz fortdauert, kann kein neuer angefangen haben, und wenn der Beginn eines neuen Besitzes anerkannt ist, so muß eben des-

halb der vorige Beſitz aufgehört haben*). Der Beſitz idealer Theile eines Ganzen iſt möglich, wenn ſich der Beſitzer des betreffenden Bruchtheiles ($^1/_2$, $^1/_3$) genau bewußt wird; an phyſiſchen Theilen, z. B. eines Gebäudes, nicht. Mit dem Beſitze eines Ganzen beſitzt man nur das Ganze, nicht jeden einzelnen der Theile für ſich, z. B. wohl den Wagen, nicht aber die einzelnen Räder desſelben; iſt alſo der Wagen geſtohlen, ſo kann er nicht uſucapirt werden; befindet ſich daran ein nicht geſtohlenes Rad, ſo wird dieſes nicht uſucapirt, weil nicht es, ſondern nur der Wagen beſeſſen wird; iſt dagegen nur das Rad geſtohlen, der Wagen nicht, ſo kann auch das Rad uſucapirt werden. Wird das beſeſſene Ganze zerlegt, ſo beginnt für die einzelnen Theile ein neuer Beſitz, daher insbeſondere eine neue usucapio; der Beſitz der Theile wird durch die bloße Trennung erworben**). Dieſe Anſicht will der römiſche Juriſt mit dem Abgange theils des corpus, theils des animus (possidendi), wie dieſelben zum Beſitze nöthig ſind, begründen.

Von der Auffaſſung des Beſitzes als Rechts-Ausübung ausgehend, begegnet man zunächſt der Thatſache, daß das Recht in ſeinen verſchiedenen Richtungen, oder jedes Recht in der Regel nicht nur eine Mehrheit der berechtigten Subjekte nicht ausſchließt, ſondern auch hinſichlich ſeiner Ausübung theilbar iſt. Daß man im Falle jener Mehrheit der Subjekte und dieſer Theilung eben ſowohl von einer Mehrheit der Rechte ſprechen kann, entſcheidet hier nichts; in demſelben Sinne, in welchem man von gemeinſamen oder ungetheilten Rechten zu ſprechen pflegt, was noch nicht beanſtändet worden iſt, kann auch deren Ausübung aufgefaßt werden. Der Ausdruck: compossessio in solidum mag nicht paſſen; aber wir ſprechen nur von gemeinſamer, ungetheilter Rechtsausübung; daß ein Recht in derſelben Beziehung, oder in Betreff desſelben Theiles eines Gegenſtandes, wie es von A ausgeübt wird, zu derſelben Zeit auch von B ausgeübt werde, iſt naturgemäß undenkbar; die Umſtände verſchwinden, wenn man die Einheit des objektiven Punktes und des Momentes vermeidet, wodurch der Begriff der Gemeinſchaft oder Ungetheiltheit nicht Abbruch leidet. Dann ſchließt ein Mitbeſitz den andern nicht aus, ſie mögen die Gemeinſchaft immerhin beliebig der Einheit nähern; in demſelben Verhältniſſe gewinnt der Begriff des Mit- oder gemeinſchaftlichen Beſitzes an Feſtigkeit, während jede beſtimmte, wenn auch nur ideelle Theilung, ihn nur trübt. Wir

*) Savigny a. a. W., §. 11.
**) Ebendaſelbſt, §. 22.

berufen uns auf das oben angeführte Beiſpiel der Benützung eines Brunnens, wobei weder Art, noch Zeit, noch Maaß der Benützung beſtimmt iſt.

Betreffend den Beſitz des Ganzen und ſeiner Theile, ſo vermögen wir die römiſche Auffaſſung nicht zu erklären. Eine geſonderte Behandlung des Ganzen und ſeiner Theile widerſpricht der Natur der Sache, ſofern ſie nicht durch die ſelbſtſtändige Natur der Theile ſogar gefordert wird. Benütze ich den Wagen, ſo beſitze und benütze ich auch ſeine einzelnen Theile; warum ſoll nach Zerlegung des Ganzen für die Theile ein neuer Beſitz beginnen? Iſt ein Rad geſtohlen, und hindert dieſer Umſtand die Erſitzung, ſo kann der Eigenthümer des Rades ſeine Sache fordern, ſie mag mit dem Wagen verbunden ſein, oder nicht, wenn ſie nur ihre ſelbſtſtändige Natur nicht verloren hat. Und wenn man die Erſitzung bezüglich des Ganzen ſchon vollendet, warum ſoll man dieſe von Neuem beginnen, wenn das Ganze in ſeine Theile zerlegt wurde? Die Gegenanſicht hat keine aus der Natur der Sache hergeholten Gründe für ſich, und kann nur als eine bis in's Unpraktiſche verfolgte Konſequenz betrachtet werden.

VIII.

Die Firma-Registrirung der Nationalbank.

Vom Dr. S., einem Mitgliede der Handelsgesetz-Konferenz.

Vor einiger Zeit hat der kleine Kapitalist der „Presse" die Ansicht vertheidigt, daß die k. k. priv. österr. Nationalbank zufolge des Handelsgesetzbuches und dessen Einführungsgesetzes *nicht* verpflichtet sei, ihre Firma beim Handelsgerichte behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden, respektive in das Handelsregister eintragen zu lassen. Die Motive dieser Behauptung waren meines Erinnerns im Wesentlichen folgende:

1. Der Text des Art. 5 des H. G. B., insbesondere die Worte dieses Textes: *unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen.*

2. Die Ministerial-Verordnung vom Jahre 1861, wornach die Nationalbank von der Verpflichtung zur Firma-Protokollirung enthoben, respektive die Nationalbank dazu nicht verpflichtet wurde.

3. Der Umstand, daß die Nationalbank mit Ausnahme des Escompte- und Lombard-Geschäftes keine Handelsgeschäfte betreibe, Kaufmann im Sinne des Art. 4 des H. G. B. aber nur derjenige sei, welcher gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. Endlich

4. der Umstand, daß in der ursprünglichen Regierungsvorlage über das Einführungsgesetz des Handelsgesetzbuches nicht allein bezüglich der staatlichen Handels- und Gewerbs-Unternehmungen, sondern auch bezüglich der Nationalbank dem Verordnungswege die Entscheidung überlassen bleiben sollte, ob und zu welcher Zeit die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firma, über die Handelsbücher und über die Prokura darauf Anwendung finden sollen, in dem Einführungs-

Gesetze selbst aber, und zwar über Vorschlag der Regierung, dieser Vorbehalt lediglich auf staatliche Unternehmungen beschränkt worden sei.

Ich beabsichtige hier nicht, in die Frage einzugehen, ob die Nationalbank zufolge der angeführten Gesetze zur Registrirung ihrer Firma verpflichtet sei oder nicht; dagegen möchte ich der Hoffnung Raum geben, daß der Leser in den vom kleinen Kapitalisten angeführten Motiven nicht nur keine stichhältigen Gründe für die Nichtregistrirungspflicht der Nationalbank, sondern weit eher für das Gegentheil finden werde.

ad 1. Der bezogene Art. 5 lautet: „Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht." Dieselben gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen.

Die Nürnberger Handelsgesetz-Konferenz-Protokolle geben meines Erachtens ein lautes Zeugniß dafür, daß die Konferenz unter öffentlichen Banken solche staatliche Bank-Unternehmungen verstanden habe, welche, wie z. B. die preußische Seehandlung — wenigstens nicht als private Handelsgesellschaften betrachtet werden können, daß man hingegen in keiner Weise die Absicht hatte, solche Banken, welche unzweifelhaft Aktiengesellschaften sind, unter die öffentlichen Banken einzureihen. Zufolge Art. 5 sind auf alle Aktiengesellschaften ohne Ausnahme, sofern ihre Unternehmung in Handelsgeschäften besteht, die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen anzuwenden. Die Textirung des Art. 5 wäre offenbar verfehlt, wenn jene Banken, welche Aktiengesellschaften sind und als solche Handel treiben, anderen Bestimmungen unterworfen sein sollten, als denjenigen, welche im Allgemeinen bezüglich der Handelsgeschäfte betreibenden Aktiengesellschaften Anwendung finden sollen. Eine irrige Textirung darf aber bekanntlich nicht vorausgesetzt werden. Wenn der Gesetzgeber eine Bestimmung lediglich auf öffentliche Banken anwendbar erklärt, so hat er damit öffentliche Banken von Privatbanken unterschieden. In einem solchen Falle kann aber, weil dießfalls von geheimen Banken keine Rede sein kann, unter dem Ausdrucke: öffentliche nur der Gegensatz von Privat-Banken gemeint sein, d. h. solche Banken, welche Staats-Anstalten, Landesfonds oder ähnliche Institute sind. In keinem Falle können jedoch Privat-Handelsgesellschaften, respektive Aktiengesellschaften, darunter verstanden werden.

Diese Interpretation dürfte sich aber auch deshalb als die richtige darstellen, weil in dem Falle, daß der Gesetzgeber auch für solche Banken, welche Aktiengesellschaften für Handelsgeschäfte sind, Ausnahmen von den für solche Aktiengesellschaften vorgezeichneten Normen beabsichtiget hätte, den Umstand, daß es sich hiebei um Ausnahmen von solchen Normen handle, auch textuell hätte deutlich hervorheben müssen, und zwar um so mehr, weil bekanntlich sogar die meisten Banken Aktiengesellschaften für Handelsgeschäfte, und beziehungsweise Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuches sind. Der Text des Art. 5 des H. G. B. setzt dagegen die öffentlichen Banken den Aktiengesellschaften, so wie allen Handelsgesellschaften als ein Drittes gegenüber und macht dadurch klar ersichtlich, daß der Gesetzgeber unter öffentlichen Banken keinesfalls irgend welche Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuches verstanden habe und verstanden wissen wollte. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die Worte des Art. 5: „unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen" — auf solche Banken, welche Handelsgesellschaften, und respektive solche Aktiengesellschaften sind, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, keine Anwendung haben können, daß sie somit auch auf die priv. österr. Nationalbank in dem Falle nicht angewendet werden können, wenn die Nationalbank eine Handelsgesellschaft, respektive eine Aktiengesellschaft für Handelsgeschäfte, im Sinne des Handelsgesetzbuches ist.

ad 2. Der §. 1 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche hebt ausdrücklich alle früheren, auf darin normirte Gegenstände desselben bezüglichen, nicht besonders ausgenommenen früheren Gesetze und Verordnungen auf, daher auch die erwähnte Ministerial-Verordnung von 1861. Es kann sonach von der Fortdauer der Rechtswirksamkeit dieser Ministerial-Verordnung seit dem 1. Juli 1863 keine Rede sein.

ad 3. Wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, ist Kaufmann im Sinne des Art. 4 des H. G. B., und zwar ohne Unterschied, ob er nebstbei auch andere Geschäfte betreibt. Ingleichen hört eine Handelsgesellschaft deshalb nicht auf, eine Handelsgesellschaft zu sein, weil sie nebenbei auch andere Geschäfte betreibt. Zu den im Art. 272 des H. G. B. angeführten Banquier-Geschäfte zählen zweifellos die von der Nationalbank gewerbemäßig betriebenen Eskompte-Geschäfte. Meines Erachtens hieße es der Natur der Dinge Gewalt anthun, wenn man einem so vorzugsweise kaufmännischen Institute, wie die Nationalbank ist, den kaufmännischen Charakter absprächte. Wer der National-

bank den kaufmännischen Charakter im Sinne des Handelsgesetzbuches bestreitet oder entziehen will, der würde ihr zugleich alle diejenigen Vortheile entziehen, welche das Handelsgesetzbuch, namentlich im Titel über die Handelsgeschäfte — den Kaufleuten einräumt. Wer die Nationalbank von der Verpflichtung zur Registrirung ihrer Firma befreit erklärt, der entzieht den Handelsbüchern der Nationalbank diejenige Beweiseskraft, welche das Handelsgesetzbuch den ordnungsmäßig geführten Handelsbüchern zuerkennt. Denn das Handelsgesetzbuch läßt keine Trennung der Anwendung der Bestimmungen über die Firma, die Handelsbücher und die Prokura zu, es kennt nur die Alternative: Entweder diese Bestimmungen finden insgesammt Anwendung, oder keine derselben findet Anwendung. Das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche aber macht von diesem Grundsatze nirgends eine Ausnahme. Wer der Vortheile, sei es der kaufmännischen Firma und deren Registrirung, sei es der Beweiskraft der Handelsbücher, sei es der Prokura, theilhaftig werden will, der kann nicht die Einen ohne die Anderen haben. Er muß sich aber auch gleichzeitig die damit verbundenen Nachtheile gefallen lassen. Das Handelsgesetzbuch und respektive dessen Einführungsgesetz unterscheidet diesfalls lediglich zwischen solchen Kaufleuten, auf welche die Bestimmungen über die Firma, die Handelsbücher und die Prokura Anwendung finden, und zwischen jenen Kaufleuten, auf welche weder die Bestimmungen über die Firma, noch die Bestimmungen über die Handelsbücher und über die Prokura anwendbar sind. Dagegen finden die Bestimmungen des Titels über die Handelsgeschäfte ohne weitere Unterscheidung auf alle Diejenigen Anwendung, welche im Sinne des Art. 4 des H. G. B. Kaufleute sind, das heißt, welche gewerbemäßig Handelsgeschäfte (Art. 271 und 272) betreiben. — Der §. 50 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche lautet: „Kaufleute, Handelsgesellschaften und öffentliche Banken, so weit sie ihnen gleichgehalten sind (Art. 5 des H. G. B.), sind, wenn sie ihre schon vor dem Beginne der Wirksamkeit des Handelsgesetzbuches bestandene Unternehmung fortbetreiben wollen, und in so ferne bei denselben die Voraussetzung des §. 7 dieses Einführungsgesetzes eintritt, zu dem in solchen vorgeschriebenen Anmeldungen zum Behufe der Eintragung in das Handelsregister verpflichtet, und werden von dieser Verpflichtung durch den Bestand ähnlicher Eintragungen in einem älteren Register nicht befreit."

Der §. 7 des Einführungsgesetzes besagt: „Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher, die Pro-

kura und die Handelsgesellschaften haben, mit Ausschluß der Hausirer, auf alle Kaufleute Anwendung zu finden, welche von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe an einjährigen landesfürstlichen direkten Steuern ohne Zuschläge in der Haupt- und Residenzstadt Wien wenigstens 50 fl., in der Umgebung von zwei Meilen um Wien wenigstens 30 fl., in Orten mit einer Bevölkerung über 50,000 Seelen wenigstens 40 fl., in Orten mit einer Bevölkerung über 10,000 bis 50,000 Seelen wenigstens 30 fl., in Orten mit oder unter 10,000 Seelen wenigstens 20 fl. österr. Währ. zu entrichten haben, oder deren Geschäftsbetrieb nach seinem Umfange das erwähnte Steuerausmaß begründen würde, falls dieselben von deren Entrichtung nicht befreit wären."

ad 4. Der §. 7 des von der k. k. Regierung dem Reichsrathe zur verfassungsmäßigen Behandlung vorgelegten Entwurfes eines Einführungsgesetzes zu den ersten vier Büchern des Handelsgesetzbuches lautete wie folgt: „In wieferne die Unternehmungen des Staates und die k. k. priv. österr. Nationalbank in das Handelsregister einzutragen und daher den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura zu unterziehen seien, bleibt der Bestimmung im Verordnungswege überlassen." — Im Berichte des Ausschusses des Abgeordnetenhauses über die Regierungsvorlage, betreffend die Einführung eines Handelsgesetzbuches, heißt es Seite 7 wörtlich: „Der Ausschuß fand es aber dabei nicht zulässig, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel für die Unternehmungen des Staates und der priv. österr. Nationalbank zu machen und hat daher den §. 7 der Regierungsvorlage in seinen Entwurf nicht aufgenommen."

Der mit dem späteren, seitens des diesfälligen Regierungskommissärs bei der Verhandlung des Abgeordnetenhauses über das erwähnte Einführungsgesetz gemachten Vorschlage übereinstimmende Text des §. 8 des seit 1. Juli 1863 in Kraft bestehenden Einführungsgesetzes lautet wie folgt: „In wie ferne Unternehmungen des Staates in das Handelsregister einzutragen, und daher den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura zu unterziehen seien, bleibt der Bestimmung im Verordnungswege überlassen."

Mit dem erwähnten späteren Regierungsvorschlage wurde daher jener Vorbehalt für den Verordnungsweg lediglich auf die gedachten staatlichen Unternehmungen beschränkt. Wenn von einer für zwei Fälle beabsichtigten Ausnahme von einem Gesetze ein Fall beseitigt

wird, so ergibt sich daraus wohl von selbst, daß bezüglich dieses beseitigten Falles das allgemeine Gesetz oder (wie die citirte Stelle des erwähnten Ausschußberichtes besagt), die allgemeine Regel Geltung haben soll. Was sagt nun das allgemeine Gesetz? Derjenige Leser, welcher meinen bisherigen Ausführungen und insbesondere meiner Ansicht beipflichtet, daß die fragliche Ministerial-Verordnung vom Jahre 1861 seit dem 1. Juli 1863 auf die Nationalbank aus dem Grunde, weil sie keine öffentliche Bank im Sinne des Art. 5 ist, keine Anwendung findet, ja daß sie selbst beim Wegfalle dieses Grundes durch den §. 1 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche außer Kraft gesetzt worden sei, daß sonach selbst für den Fall, wenn die Worte des Art. 5 des H. G. B., unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen, auf die Nationalbank Anwendung hätten, keine seit dem 1. Juli 1863 rechtswirksame Verordnung die Nationalbank von der Verpflichtung zur Firma-Registrirung entbinde, wird darüber kaum im Zweifel sein, daß das dießbezügliche allgemeine Gesetz die Nationalbank zu dieser Registrirung verpflichte, und zwar aus dem Grunde verpflichte, weil die Nationalbank eine solche Aktiengesellschaft ist, bei welcher der Gegenstand der Unternehmung in Handelsgeschäften besteht, ferner aus dem Grunde, weil der citirte Text des §. 50 des Einführungsgesetzes selbst die öffentlichen Banken, so weit sie den Kaufleuten und Handelsgesellschaften nach Art. 5 gleichgehalten sind, zur Anmeldung behufs der Registrirung ihrer Firma verpflichtet. — Es springt in die Augen, daß ich mich bei der juridischen Interpretation, welche Bedeutung die erwähnte Beschränkung der Entscheidung im Verordnungswege habe, lediglich an den objektiven Thatbestand gehalten, d. h. lediglich die Verschiedenheit des veröffentlichten Textes der bezüglichen ersteren und späteren Regierungsvorlage zum Anhaltspunkte meiner Interpretation genommen, somit von der meines Wissens nicht bekannt gegebenen Absicht der Gesetzgebungsfaktoren abstrahirt habe. Daß jedoch der erwähnte Ausschuß des Abgeordnetenhauses die Nationalbank keineswegs den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firma u. s. w. entziehen wollte, geht wohl aus den angeführten Worten seines gedruckten Berichtes zweifellos hervor. Uebrigens kömmt bei der Auslegung von Gesetzen ohnehin nur diejenige Absicht in Betrachtung, welche aus dem Texte des Gesetzes und beziehungsweise aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmungen deutlich erhellt.

Zum Beweise, daß der §. 1 des gedachten Einführungsgesetzes die von mir behauptete Aufhebung der Wirksamkeit der fraglichen

Ministerial-Verordnung vom Jahre 1861 selbst für den Fall, wenn die Nationalbank eine öffentliche Bank im Sinne des Art. 5 des H. G. B. wäre, in sich schließe, diene dessen nachstehender Wortlaut: „Von dem oben bezeichneten Tage an treten alle Gesetze und Verordnungen, welche sich auf Gegenstände des Handelsgesetzbuches beziehen, außer Kraft, in so ferne nicht die Fortdauer ihrer Wirksamkeit in diesem Einführungsgesetze bestimmt, oder in dem Handelsgesetzbuche auf die Landesgesetze hingewiesen ist." Daß endlich die fragliche Ministerial-Verordnung vom Jahre 1861 kein Landesgesetz, noch eine Normal-Verordnung, sondern lediglich eine spezielle Verwaltungs-Verordnung war, dürfte meines Erachtens kaum bestreitbar sein.

Habe ich mich bisher zumeist auf die Angabe und Auslegung des Sinnes und der Bedeutung der einschlägigen Gesetzesstellen beschränkt; so will ich nunmehr versuchen, die Motive der Anordnung des Art. 5 des H. G. B. zu betrachten. Ein Handelsgewerbe kann von einer physischen oder moralischen Person, von einem einzelnen Individuum oder von einer Gesellschaft betrieben werden. Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, sind keine Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuches, weil sie kein Handelsgewerbe, keine Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreiben, sonach der im Art. 4 angegebene Begriff eines Kaufmannes auf sie nicht paßt. Es liegt in der Natur der Sache, daß auf den Betrieb eines Handelsgewerbes — woferne das Gesetz keine Ausnahme statuirt — die in Betreff der Kaufleute gegebenen gesetzlichen Bestimmungen ohne Unterschied Anwendung finden, ob der Inhaber des Handelsgewerbes eine einzelne physische oder moralische Person, oder eine Gesellschaft ist. Vom Gesichtspunkte der normalen Konsequenz hätten die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen auch in dem Falle Anwendung finden müssen, wenn der Staat Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreibt, wie zum Beispiele bei staatlichen Porzellan-, Tabak- oder anderen Fabriksunternehmungen, bei staatlichen Post- und solchen Gefängniß-Anstalten, in welchen die Sträflinge Gewerbserzeugnisse verfertigen, für welche der Staat den Stoff anschafft, und welche sohin veräußert werden. Auf Grund dieser Konsequenz, und weil angeblich keine genügenden Motive für eine Ausnahme bestünden, wurde auch in allen drei Lesungen der Nürnberger Handelsgesetz-Konferenz, in deren Schoße der Vorschlag gemacht, derartige staatliche Unternehmungen im Art. 5 ausdrücklich den für Kaufleute gegebenen Bestimmungen zu unterwerfen, und hiernach den Art. 3 des den Konferenz-Berathun-

gen zu Grunde gelegten preußischen Handelsgesetz-Entwurfes zu ergänzen. Dieser Art. 3 lautete: „Handelsgesellschaften, ingleichen Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, sind den Kaufleuten gleich zu achten. Dasselbe gilt für die öffentlichen Banken in ihren Handelsgeschäften, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen." — Die Mehrheit der Konferenz-Mitglieder war jedoch der Ansicht, daß die Ausdehnung der Anwendung der für Kaufleute gegebenen Bestimmungen auf alle im Betriebe von Handelsgeschäften bestehenden, staatlichen Unternehmungen mit Unzukömmlichkeiten mancherlei Art verknüpft, daß der von einer solchen Ausdehnung zu erwartende Nutzen in keinem Verhältnisse mit den diesfälligen ökonomischen und anderen Nachtheilen stehe. Zeuge der stenografischen Berichte über die diesfälligen Verhandlungen im österr. Abgeordnetenhause wurde diesfalls beispielsweise auf die ganz unnöthigen Weitläufigkeiten und Kosten hingewiesen, welche schon allein die Anmeldung und Eintragung der zahlreichen Zweigniederlassungen (Filialen) der k. k. Postanstalt verursachen würden. Dagegen erschien der Handelsgesetz-Konferenz selbst eine staatliche Bankunternehmung als eine derartige kaufmännische, daß auf dieselben die für Kaufleute gegebenen Bestimmungen, jedoch mit der im Art. 5 des H. G. B. bezeichneten Beschränkung, Anwendung finden müßten, und zwar eben sowohl im Interesse des Publikums, als der Bankunternehmung. Aus dem Letztgenannten ergibt sich auch die Bedeutung des Wortes: öffentliche, im Texte des Art. 5 in dem Sinne, daß unter den Worten desselben: öffentliche Banken, — staatliche oder mindestens denselben gesetzlich gleichgestellte, für Rechnung öffentlicher Fonds betriebene Bankunternehmungen zu verstehen sind. Schließlich citire ich noch zum Beweise, daß die Nürnberger Handelsgesetz-Konferenz-Protokolle das von mir erwähnte laute Zeugniß geben, folgende in der vom ersten Konferenz-Sekretär und königlichen baierischen Bezirksgerichtsrathe J. Lutz unter dem Titel: „Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches" — im Auftrage dieser Kommission (Würzburg, Verlag der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung, 1858) herausgegebenen Sammlung dieser Protokolle (Seite 539—541 und 1260) abgedruckten Stellen. Sie lauten: „Zum zweiten Satze wurde gleichfalls die Streichung beantragt, weil die Banken eben Banquiergeschäfte betrieben, und somit durch den Artikel nichts anderes als der an sich selbstverständliche Satz ausgesprochen werde, daß Mehrere, die ein Banquiergeschäft in Verbindung mit einander betreiben, auch nach

den Bestimmungen des Handelsrechtes über die Kaufleute zu beurtheilen seien.

Es wurde jedoch hervorgehoben, daß mit der betreffenden Bestimmung nicht die auf Aktien gegründeten Privatbanken, welche allerdings schon als Handelsgesellschaften mit dem ersten Satze des Artikels getroffen würden, sondern besonders auch die vom Staate errichteten und betriebenen Banken gemeint seien. Bezüglich der letzteren sei es nun keineswegs eine unbestrittene Sache, daß man sie nach den für Kaufleute bestehenden rechtlichen Vorschriften zu beurtheilen habe, und sei somit in dieser Beziehung allerdings auch der zweite Satz des Artikels nothwendig.

Von anderer Seite wurde aber die eben beregte Bestimmung für zu eng gehalten. Wenn man namentlich die beregten Banken den Kaufleuten gleich zu halten sich berechtigt glaube, so sei kein Grund vorhanden, bei den übrigen öffentlichen Kreditanstalten, bei den anderen kaufmännischen Unternehmungen des Staates nicht dasselbe zu thun. Dahin gehörten unter Andern die öffentlichen Sparkassen, die z. B. in Oesterreich in die Handelsregister eingetragen würden; wie andere Mitglieder geltend machten, müßten nach denselben Rechten auch die Staatseisenbahnen, Posten und dergleichen beurtheilt werden. Es wurde deshalb von einem Mitgliede vorgeschlagen, neben „Banken" einzuschalten: „und die übrigen öffentlichen Kreditanstalten"; von anderer Seite wurde unter Hinweisung auf die preußische Seehandlung und ähnliche Institute, namentlich auch auf die Staatseisenbahnen, anheimgegeben, ob man nicht besser einschalten sollte: „und andere öffentliche kommerzielle Unternehmungen", oder: „und andere Unternehmungen, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht".

Man hielt jedoch diese Fassungen für zu weit und glaubte, daß es vorzuziehen sei, nur diejenigen Anstalten aufzuzählen, welche zweifellos der Bestimmung des Artikels unterstellt werden könnten, um nicht mit einer ganz allgemeinen Fassung zugleich Institute zu treffen, bezüglich deren von Seiten der betheiligten Staaten Anstand erhoben werden könnte, falls man sie unter den Artikel subsumiren wollte, zumal da in Betreff der öffentlichen Transportanstalten der Art. 326 ausreichen werde.

Nachdem der Herr Antragsteller, der die zuerst erwähnte Fassung proponirte, seinen Antrag zurückgezogen und sich dem Antrage auf Streichung des zweiten Satzes angeschlossen hatte, wurde der Antrag

auf Streichung mit 9 gegen 7 Stimmen abgelehnt und die Fassung der Redaktionskommission angenommen."

„Hiernächst wurde die Streichung des zweiten Absatzes beantragt, da der Sinn desselben doch im Grunde nur darauf hinauslaufe, zu bestimmen, daß auch auf den Staat, wenn für dessen Rechnung Handelsgeschäfte betrieben würden, die Vorschriften des Handelsgesetzbuches Anwendung zu finden hätten, diese Bestimmung aber sich von selbst verstehe, indem mit dem Ausdrucke: „wer betreibt" sowohl physische als juristische Personen getroffen würden, und da überdies nicht abzusehen sei, weshalb lediglich der Banken und nicht auch anderer Handelsunternehmungen Erwähnung geschehen solle.

Hiegegen hob man aber hervor, es berechtige der fragliche Satz mit Rücksicht auf seine Fassung nicht dazu, argumento a contrario die Ausschließung anderer Anstalten zu folgern, welchen die Eigenschaft wirklicher Handelsgewerbe-Anstalten beiwohne; in Betreff der Banken sei ein besonderes Bedürfniß vorhanden, welches die Hervorhebung derselben motivire, indem in manchen Staaten ihr Geschäft vornehmlich in einer anderweiten Thätigkeit, z. B. in Annahme von Depositen in Prozessen, für Mündel u. s. w. bestehe. Es seien daher bereits mehrfach Zweifel entstanden, ob den Banken deshalb, weil sie auch Handelsgeschäfte betrieben, jura privatorum, insbesondere die Rechte der Kaufleute zukämen, ob ihre Bücher, gleich denen der Letzteren, beweisfähig seien u. dergl. Endlich müsse rücksichtlich der Banken die Giltigkeit der gerade für sie in der Regel bestehenden, das allgemeine Recht in einzelnen Punkten modifizirenden Verordnungen vorbehalten werden, worin ein neuer Grund für die Erwähnung derselben liege. Wenn demzufolge einerseits Absatz 2 unentbehrlich sei, so würde andererseits eine ausgedehntere Fassung zu weit führen, da die Bestimmung des Artikels doch nur auf die des Gewinnes halber betriebenen Handelsgeschäfte des Staates Anwendung finden könnte, und es gewiß nicht angehe, wegen solcher Unternehmungen eine Eintragung in das Handelsregister zu verlangen ꝛc., welche auf andern Gründen beruhten, z. B. Arbeiten in Strafhäusern, Ausübung eines Staats-Monopols in Tabak. Hiefür ward noch von einer Seite hervorgehoben, die Staats-Monopole gehörten dem öffentlichen Rechte an, und es erscheine unthunlich, auf die mit der Verwaltung beauftragten Personen die Vorschriften über Prokuristen und so weiter anzuwenden."

Wie schon im Eingange erwähnt, abstrahire ich für heute von der Frage, ob etwa andere, als die vom kleinen Kapitalisten angeführ-

ten Motive die von ihm vertheidigte Ansicht rechtfertigen. Ingleichen nehme ich für heute Umgang von der Frage der Opportunität, das heißt von der Frage: Ob die Bestimmungen des Art. 5 des H. G. B. und beziehungsweise der §§. 1, 7, 8 und 50 des österr. Einführungsgesetzes, ob endlich die Anordnung der mehrgedachten Ministerial-Verordnung vom Jahre 1861 zweckmäßig sind oder waren, ob sie einerseits den einschlägigen merkantilen Bedürfnissen und Interessen, andererseits dem Zwecke der kaufmännischen Firma und dem Institute des Handelsregisters gebührend Rechnung getragen, ob sie daher eine sogenannte innere Berechtigung für sich haben oder hatten, oder ob nur — wie es hie und da bei gesetzlichen und administrativen Vorschriften, z. B. bei den in meinem die Aufhebung der Wuchergesetze betreffenden Aufsatze (Nr. 83 und 84 der österr. Gerichts-Zeitung) angeführten Normen vieler Staaten der Fall war — den Schein für sich, das wirkliche Leben und dessen Bedürfnisse, den Verkehr und dessen Interessen, die Natur und das Wesen der Menschen und der Thatsachen gegen sich hatten, und daher nicht nur den beabsichtigten Zweck nicht erreichten, sondern gegenseitige Erfolge und Wirkungen zu Tage förderten. Auch von der Frage will ich für heute abstrahiren, ob die österr. Nationalbank schon deshalb Ursache hätte, eine Ausnahme von den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firma u. s. w. zu beanspruchen, weil sie — ohne große Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten — ihre zahlreichen Banknoten nicht mit der kaufmännischen Firmazeichnung versehen könne, diese Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten aber bei ihr eben so überflüßig seien, als die Eintragung ihrer zahlreichen Filialen in das Handelsregister. Wie gehen diesfalls jene deutschen Zettel- oder Notenbanken vor, welche gleichfalls Aktiengesellschaften für Handelsgeschäfte sind? Würde — vom legislativen Standpunkte aus — im Hinblicke auf die Verschiedenheit des Geschäftsumfanges, der Menge der zirkulirenden Noten ꝛc. zwischen der österr. Nationalbank und den deutschen Zettelbanken eine reelle Inkonsequenz bestehen, wenn zwar die österr. Nationalbank, aber keine einzige in anderen deutschen Staaten bestehende Zettelbank von der Verpflichtung zur Anmeldung ihrer Firma enthoben wäre? Würde es sich vom Standpunkte des kaufmännischen Rechtes, also vom Standpunkte des Handelsrechtes aus, rechtfertigen, die erwähnte Ministerial-Verordnung vom Jahre 1861 für den Fall, daß deren Wirksamkeit auch nach dem 1. Juli 1863 anzuerkennen wäre, aufgehoben würde? Auch bei der Beantwortung dieser und ähnlicher

Fragen wird Roscher's Ausspruch Geltung finden, daß heutzutage der Jurist ohne tiefere volkswirthschaftliche Kenntnisse seinem Berufe schwerlich vollkommen genügen werde. Die Erfahrung wird in Bälde zeigen, ob ein richtiges Verständniß des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, dessen Einfluß und umfassende Sphäre im Volke hie und da noch kaum geahnt werden, der Mitwirkung der von jenem Nationalökonomen als ebenbürtige — sich wechselseitig unterstützende Geschwister bezeichneten Wissenschaften der Jurisprudenz und der Volkswirthschaft bedürfen. Sollte der kaufmännische Beirath, welcher bisher nur bei handelsrechtlichen Entscheidungen der ersten Instanz mitwirkt, nicht auch bei solchen Entscheidungen höherer Instanzen sich als empfehlenswerth darstellen? Meines Wissens hat man in Deutschland und anderwärts den kaufmännischen und beziehungsweise bergmännischen Beirath keineswegs wegen etwaigen ungenügenden juristischen Wissens, wegen ungenügender juristischer Routine und Erfahrung, sondern aus Rücksicht für die richtige Auffassung kaufmännischer oder bergmännischer Ausdrücke, Gewohnheiten, Geschäftsgebahrung und Vorgänge bevorwortet und eingeführt. Besteht aber darin das maßgebende Motiv für die Existenz eines solchen sogenannten technischen Beirathes, so dürfte die Frage vielleicht einiges Augenmerk verdienen, ob ein solcher Beirath wohl selbst durch hervorragendes juristisches Wissen, durch eminente juristische Routine und Erfahrung im Vereine mit Dienstleistungen bei unteren und höheren Gerichtshöfen allgemein vollkommen ersetzt oder überflüßig werde. — Vielleicht verdient hiebei auch der Umstand einige Berücksichtigung, daß wohl in den meisten derjenigen Staaten, in welchen das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch Geltung erlangt hat, und zumal in jenen Gebieten, wo weder das französische, noch das italienische Handelsgesetzbuch bishin in Wirksamkeit war, die Kompetenz der Handelsgerichte eine weit ausgedehntere wurde, und daß der Titel des Handelsgesetzbuches über die Handelsgeschäfte zum Theile tief in das einzelstaatliche Obligationenrecht eingreift, andererseits der Art. 1 des H. G. B. die Handelsgebräuche als nächste Subsidiar-Entscheidungsquelle desselben bezeichnet, übrigens zahlreiche Bestimmungen des Handelsgesetzbuches ausdrücklich auf kaufmännische Gewohnheiten, so wie auf die Sorgfalt eines Kaufmannes verweisen. Insbesondere dürften diesfalls auch die Bestimmungen der Art. 278 und 279 des H. G. B. zum Theile auch aus dem Grunde Beachtung verdienen, weil der Wille der Kontrahenten öfters aus ihrem Berufe, aus ihrem geschäftlichen Verkehre u. s. w. zum vollen Verständnisse

kömmt. Denn diese Artikel lauten: Art. 278. „Bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften." — Art. 279. „In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen." Selbst der Umstand, daß das Handelsgesetzbuch hie und da an Stelle positiver Beweises-Mittel das freie Ermessen des Richters setzt, wie z. B. bei Entscheidung über den Schaden wegen unbefugten Gebrauches einer Firma (Art. 27), ist diesfalls vielleicht nicht ganz bedeutungslos. Ein solches freies Ermessen setzt wenigstens öfter eine Vertrautheit mit kaufmännischen Verhältnissen, Anschauungen und Werthschätzungen voraus. Ich lasse dahingestellt, ob der bisherige Abgang eines kaufmännischen Beirathes bei handelsrechtlichen Entscheidungen der zweiten und dritten Instanz durch die Bemerkung, resp. Einwendung genügend gerechtfertigt war, daß ja der erstinstanzliche kaufmännische Beirath einen solchen Beirath in höheren Instanzen durch die von ihm bei der erstrichterlichen Entscheidung abgegebenen Aufklärungen vollständig entbehrlich mache; ein Einwurf, welcher selbstredend voraussetzt, daß der höhere Richter ausschließlich die in erster Instanz zur Sprache gebrachten kaufmännischen Ausdrücke, thatsächlichen kaufmännischen Verhältnisse u. s. w. als maßgebende oder mitwirkende Anhaltspunkte für seine Entscheidung betrachten, — ein sicherlich nicht ausnahmslos eintretender Fall. Seit der Wirksamkeit des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches aber dürfte jener Einwurf um so weniger diesfalls maßgebend sein, als das Handelsgesetzbuch kaufmännischen Gewohnheiten, so wie den übrigen oberwähnten Momenten einen in der bisherigen österr. Rechtslegislatur — seinem Umfange nach — nicht bestandenen und weitergreifenden Einfluß einräumt. Auch die Rechtslegislatur eines Staates ist eine Kette, welche durchbrochen wird, wenn man einzelne Ringe durch andere und wesentlich verschiedene ersetzt. Wo das Bedingende geändert wird, wird oft auch das Bedingte sich ändern. Wo ein neues und berechtigtes Bedürfniß entsteht, muß dem neuen Bedürfnisse ein neues Befriedigungsmittel zur Seite gestellt werden. Nur diejenigen, welche den Gang der menschlichen Kultur und Zivilisation verkennen, können aus dem Umstande, weil das Alte zur Zeit seiner Genesis gut und vollkommen genügend war, ein Motiv für dessen Aufrechthaltung zu einer Zeit ableiten, wo die zur Zeit jener Genesis bestandenen Thatsachen und Bedürfnisse nicht mehr bestehen, sich überlebt haben, im wahren Sinne des Wortes antiquirt sind und nur mehr der Geschichte angehören. Aber auch nur Diejenigen, welche jene Thatsachen und Bedürfnisse der Genesiszeit ignoriren oder nicht kennen, werden aus ihrer Unkenntniß oder aus ihrem Unverstande Anhaltspunkte schöpfen, ihre, Ahnen schon deshalb, weil letztere für ihnen noch gar nicht bekannte Bedürfnisse und Interessen gleichgiltig geblieben, oder deren Thaten mit Koth zu bewerfen, uneingedenk, daß ihre Enkel ein gleiches Vergeltungsrecht zu üben vielleicht noch stärkeren Anlaß haben werden.

Literaturblatt

für

kurze Berichte und Uebersichten über die neuesten rechts- und staatswissenschaftlichen Schriften.

Lexikon über österreichisches Handels- und Gewerberecht, als Hilfsbuch im Gebiete der gesammten österreichischen Gesetzgebung für Handel und Gewerbe, zur schnellen Auffindung einzelner Bestimmungen derselben, mit Inbegriff des neuen, mit 1. Juli 1863 wirksamen Handelsgesetzbuches, der Gewerbeordnung, des Privilegien-, Marken- und Musterschutzgesetzes, der Börseordnungen, der Wechselordnung und des neuen Gesetzes über das Ausgleichsverfahren, nebst einem Anhange, welcher die Bauordnung, die Dienstbotenordnung, die Eisenbahnbetriebsordnung, die Marktordnung und die Mühlordnung enthält, für das praktische Bedürfniß des Handels- und Gewerbestandes, der Handels- und Gewerbekammern, der Handelsrichter und Gewerbebehörden, der Advocaten, Notare, öffentlichen Agenten und Sensale. Von Dr. Leopold Alexander Ehrenfeld, Landesadvocaten in Prag, Prüfungs-Commissär bei den Advocaturs-Prüfungen und Mitglied des ständigen Ausschusses der Advocatenkammer für Böhmen. XXVI. und 492 S. in gr. 8. Prag 1863. Druck und Verlag von Heinrich Mercy.

Nach der von der Verlagshandlung ausgesendeten Bestellungseinladung, welche, in Ermangelung einer Vorrede, für die Absichten bei Herausgabe des vorstehenden Werkes als maßgebend betrachtet werden darf, beabsichtigte der Verfasser für die Popularisirung der Gesetzeskenntniß in dem behandelten speciellen Legislationszweige für Handel und Gewerbe mit seinem Werke in der Art beizutragen, daß es Jedermann möglich wird, über Fragen, welche das Privatrecht des Handels- und Gewerbestandes oder die Handels- und Gewerbeverfassung betreffen, die bestehenden, gegenwärtig giltigen, gesetzlichen Bestimmungen

in bequemer Weise nach für die Fragen ganz naheliegenden Schlagworten aufzufinden, und sich so ohne viel Zeitverlust über den Bestand des Gesetzes schnell und sicher zu orientiren. Der Kaufmann oder der Gewerbsmann, für dessen Bedürfniß das Werk zunächst berechnet ist, soll die Möglichkeit gewinnen, in allen seinen Geschäften, aus eigener Gesetzeskenntniß, sicher zu gehen, der praktische Jurist dagegen an diesem Werke ein bequemes legislatives Compendium im Fache der Handels- und Gewerbesachen finden, welches die Uebersicht des Gesetzwortlautes und mittelst des dem Werke vorgesetzten Inhaltsverzeichnisses die Auffindung der Gesetzesquellen, außerdem aber auch die Wahrnehmung des Zusammenhanges einzelner gesetzlicher Bestimmungen mit andern und den Parallelstellen wesentlich erleichtert.

Unstreitig haben auch derlei Arbeiten namentlich für die erste Zeit der Wirksamkeit neuer Gesetze einigen Werth. Der Geschäftsmann kommt leider oft spät, oft gar nicht, in die Lage, jene Gesetze kennen zu lernen, die er doch selbst beobachten soll, und durch deren Anwendung allein häufig bedeutendere wirthschaftliche Nachtheile abgewendet werden können. Aber auch diejenigen, deren Beruf es zunächst ist, die Gesetze zu kennen und sie als Richter oder Parteienvertreter in Anwendung zu bringen, werden es dem Verf. Dank wissen, sie in der Bewältigung eines bedeutenden Materiales unterstützt zu haben.

Haben wir auf diese Weise das Verdienst des Herrn Verfassers anerkannt, so glauben wir einige Bemerkungen nicht zurückhalten zu sollen, in deren Beachtung bei einer abermaligen Auflage des Buches wir unseres Erachtens eine wirkliche Verbesserung ersehen würden.

Zunächst veranlaßt uns zu einer solchen Bemerkung das verschiedene Verfahren des Verfassers in der Citirung der Gesetzesquellen. Während er bei einer großen Anzahl von Schlagworten, z. B. Advocaten (S. 8), allgemeines bürgerliches Recht (S. 9), Amortisation, Angeld (S. 11), Anlehenslose (S. 12), Apotheker und Apothekergehilfen (S. 18), Ausländer (S. 33), Aussteller eines Wechsels (S. 35) u. dgl. seiner Anführung die betreffende Gesetzstelle beifügt, aus welcher jene genommen ist, werden im Texte der Schlagworte die Citate aus der Gewerbe- und Wechselordnung, dem Handelsgesetzbuche und dem dazu gehörigen Einführungsgesetze, dem Privilegiums-, Marken- und Musterschutzgesetze, dem Gesetze über Börsen, und die Handels- und Gewerbekammern, dem Vereins- und Preßgesetze, so wie dem Gesetze über das Ausgleichungsverfahren, wie es scheint principiell, unterlassen, dagegen aber in dem vorausgehenden Inhaltsverzeichnisse der Schlagworte einem jeden der letzteren das Citat der Gesetzesstellen beigefügt, welchen die unter den bezüglichen Schlagworten gemachten Ausführungen entnommen sind. Abgesehen davon, daß in diesem Verfahren eine Inconsequenz gelegen und gerade in Ansehung des wichtigsten und größten Theiles des Buches das Aufsuchen der Quellen mit einem Umwege verbunden ist, führt dasselbe dort, wo für Ein Schlagwort mehrere Quellen benützt wurden, leicht zu einem Uebersehen der Quellenangabe (wie bei dem Schlagworte „Standes- und Dienstverhältnisse") und selbst auch bei der ießfälligen Vollständigkeit zu dem Zweifel, welcher von den citirten Quellen die eine oder

andere Ausführung angehört (wie z. B. bei den Schlagwörtern „Handelsbücher," „Handlungsbevollmächtigter.")

Auch scheinen die aufgeführten Schlagworte hie und da einer Ergänzung zu bedürfen. So fehlt das Schlagwort „Einführungsgesetz". Unter „Anzeige" fehlt die Bemerkung, daß die Gerichte, die Abhandlungs- und Concursbehörden, die Gewerbsbehörden, Notare, Handels- und Gewerbekammern über unterlassene Anmeldungen für das Handelsregister oder über den Gebrauch nicht zuständiger Firmen (Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche §. 13) die Anzeige zu machen haben. Auch ist diese Bemerkung weder unter „Gericht," noch unter „Abhandlungs-," „Concurs-" oder „Gewerbsbehörde," noch unter „Notar" oder „Handels- und Gewerbekammer" zu finden. Das Schlagwort „Sachverständige" verweiset auf „Handlungsgehilfen," „Commanditgesellschaft," „Gewinn," „Mangel einer Waare;" allein unter all' diesen Schlagworten ist, wie vorauszusetzen, die Bestimmung des §. 48 des genannten Einführungsgesetzes nicht aufgenommen, wornach bei Gerichten, die ständig bestellte Sachverständige haben, die Ernennung besonderer Sachverständigen auch in den Fällen der Art. 348, 365 und 407 des H. G. B. nicht erforderlich ist. Die besonderen Rechte der brasilianischen und der Staatsbürger der Elbe- und Donauuferstaaten sind weder unter diesen Worten, noch unter dem Schlagworte „Ausländer" oder „Begünstigungen" zu finden. Die Berechtigung der moralischen Personen zum Gewerbsbetriebe ist weder unter „moralische Personen," noch unter „Personen" zu finden. Nicht minder fehlt die Angabe der gesetzlichen Vorschriften über die Bauten der Gaserzeugungsanstalten, über die Aufstellung von Dampfapparaten, über die Art der Bezeichnung der Verkaufs- oder Gewerbsstätten mittelst Tafeln oder Schildern, so wie über die Anlage von Wasserwerken, wiewohl das Schlagwort „Störung von Wasserwerken" aufgenommen ist. Das Schlagwort „Gewerbsverlust" findet sich nicht vor und, während die Uebertretungen der Gewerbeordnung, des Marken- und Musterschutzgesetzes sowie des Hausirpatentes angegeben sind, fehlt es an der Aufführung der Uebertretungen des allgemeinen und des Gefällsstrafgesetzes gänzlich, und doch scheint die Angabe dieser Uebertretungen wenigstens insoweit von großer Wichtigkeit, als sie den Gewerbsverlust zur Folge haben können. Die Begünstigungen im Hausirhandel sind nicht vollständig aufgeführt; in dem Schlagworte „Geschlecht" wäre nicht auf „Eigenberechtigung," welches Wort selbst wieder „Bedingung zum Gewerbsbetrieb" citirt, sondern sogleich auf das letztere hinzudeuten gewesen. Der in der österreichischen Gesetzgebung eingebürgerte Ausdruck „wandernder Handelsagent" bildet kein eigenes Schlagwort, ebensowenig „Handels-" oder „Handlungsagent," dagegen ist „Agentreisender" aufgenommen, wobei die bezügliche Angabe, daß jene Handlungsreisenden, welche nicht im ausschließenden Dienste Eines Auftraggebers stehen, sondern ein Geschäft daraus machen, für mehrere Fabrikanten oder Handelsleute Bestellungen zu suchen, diesen selbstständigen Erwerbszweig anzumelden haben, dahin zu berichtigen ist, daß die genannte Agentie ein concessionirtes Gewerbe ist, wenn der Beauftragte entweder für Ein ausländisches oder mehrere ausländische Häuser thätig sein will.

Auch das Schlagwort „Handels- und Gewerbekammern" wäre mit der

Angabe, daß die Registrirung der gewerblichen Marken und der Muster überhaupt, sowie die Prüfung und Ernennung der Wechselsensale mit den Einschränkungen des Patentes über die Wiener Geldbörse der Handelskammer zukomme, zu ergänzen, bezüglich des Hauptberichtes und der Vornahme der Ergänzungswahlen aber dahin zu berichtigen, daß der erste nicht alljährlich, sondern je nach drei Jahren zu erstatten, und die zweite bei einigen Handelskammern ebenfalls nicht alljährlich, sondern nach je zwei Jahren vorzunehmen ist.

Was endlich den Anhang betrifft, so enthält er trotz der allgemein lautenden Titel nur insoferne allgemeine Gesetze, als er die Eisenbahnbetriebs- und die Mühlordnung mittheilt. Die abgedruckte Marktordnung ist nur für Prag, die Bau- und Dienstbotenordnung aber für Böhmen, Mähren und Schlesien, und die letztere auch für das Flachland von Nieder- und für Innerösterreich kundgemacht worden. Auch sind die häufig in C. M. angegebenen Strafgeldbeträge nicht in dieser, sondern mit denselben Ziffern in Oe. W. zu verstehen, und demgemäß wäre auch am passenden Orte eine Bemerkung aufzunehmen.

Die Ausstattung des Werkes ist tadellos und der Preis (3 fl. Oe. W.) bei der Reichhaltigkeit des Materiales und dem Umfange des Buches ein mäßiger.

Dr. Hermann Blodig.

Die österreichische Zoll- und Staatsmonopolsordnung. Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung bearbeitet von Dr. Hermann Blodig, o. ö. Professor an dem k. k. polytechnischen Institute und Privatdocenten an der Universität in Wien, Mitgliede der k. k. theoretischen Staatsprüfungscommission und der Prüfungscommission für Bewerber um höhere Bedienstungen bei den k. k. Zollämtern und in der k. k. Finanzwache. Mit einer geschichtlichen Einleitung. Zweite vollständig umgearbeitete und vermehrte Auflage. Wien. Verlag von Brandel und Ewald. 1863.

Bei dem großen Einfluße, welchen das Zollwesen auf die nationalökonomischen und finanziellen Zustände der Staaten hat, ist es begreiflich, daß die Einrichtung und Leitung desselben eine gesteigerte Aufmerksamkeit der Regierungen auf sich gezogen hat. Die Erkenntniß dieses Einflußes datirt zwar schon von alten Zeiten her, allein in Bezug auf die Mittel und Wege, welche in dieser Hinsicht gewählt und befolgt wurden, war die Auffassung häufig so einseitig, daß nur partiale Interessen der Producenten in Beachtung kamen; erst die gründlichen Forschungen über den natürlichen Gang der Volkswirthschaft führten auch behufs der Zollgesetzgebung auf Principien, deren Befolgung die allseitige Entwicklung der Güterwelt am wenigsten gefährden kann.

In Oesterreich war es gerade dieser Theil der finanziellen Vorschriften, der — in Verbindung mit dem Strafgesetze über Gefällsübertretungen — zur Errichtung einer selbstständigen Lehrkanzel für die österreichische Finanzgesetzkunde an den Universitäten und Rechtsakademien führte. Vor dem Jahre 1838 war nach dem damaligen Studienplane für den Vortrag der gesammten politischen Gesetze und Anordnungen Oesterreichs nur ein Semester ein-

geräumt, wobei auch die Finanzgesetze gemeint waren. Wie wenig und beschränkt jedoch die letzteren zur Sprache gebracht werden konnten, läßt sich leicht daraus abnehmen, daß die sogenannte politische Gesetzkunde das große Gebiet der polizeilichen, landwirthschaftlichen, industriellen und commerciellen Anordnungen umfaßt, die ihrem Inhalte nach mehr oder weniger von Provinz zu Provinz differirten. Kaum daß man von diesen nur das Wichtigste im Vortrage berührt hatte, war der Schluß des Semesters bereits in der Nähe, und für die Finanzgesetzkunde wenig oder keine Zeit übrig.

Mit der Einführung der neuen Zoll- und Staatsmonopolsordnung, die im Jahre 1836 Gesetzeskraft erhielt, ergab sich eine specielle Veranlassung und Geneigtheit, auch für die Verbreitung der Kenntniß finanzieller Vorschriften und Einrichtungen im Wege des öffentlichen Unterrichts eine bessere Vorsorge zu treffen. Zu diesem Ende wurden an den Universitäten eigene Vorträge über neue Zoll- und Staatsmonopolsordnung und das Strafgesetz über Gefällsübertretungen eingeführt, und hiemit in den akademischen Hallen eine Zelle mehr eröffnet, die sich jedoch in Bezug auf Rang und ökonomische Vortheile nicht derselben Gunst wie die ältern Lehrkanzeln dieser Facultät zu erfreuen hatte. Mit den neuen Reformen an den Hochschulen ist ihre Aufgabe auf das gesammte Gebiet der Finanzgesetze ausgedehnt worden.

Der Verfasser des hier angezeigten Werkes über die österreichische Zoll- und Staatsmonopolsordnung hat sich frühzeitig mit den dießfälligen Gesetzen bekannt gemacht und in literarischen Arbeiten dieses Faches versucht. Seine Darstellung der Zoll- und Staatsmonopolsordnung für die Real- und Handelsschulen hatte sich als ein recht brauchbares Handbuch bewährt und bereits im Jahre 1861 ihre fünfte, vermehrte Anflage erhalten. Auch das hier zu besprechende Werk erscheint in einer umgearbeiteten und vermehrten Auflage.

Nach dem Wortlaute des Titels soll in dieser literarischen Gabe die österr. Zoll- und Staatsmonopolsordnung nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung bearbeitet sein. Dieser Ausdruck würde wohl nicht hindern, darin einen förmlichen Commentar zu suchen, der die österreichischen Zollgesetze vollständig erklärt, Streitfragen in Erörterung zieht, auf Wünsche und Bedürfnisse aufmerksam macht und in dieser Weise zur richtigen Auffassung und Anwendung dieser Gesetze beizutragen sucht. Dieß ist jedoch nicht der Fall. Die Aufgabe besteht darin, daß die nachträglichen, hieher bezüglichen Verordnungen in das Gesetz vollständig aufgenommen und zweckmäßig eingereiht, dagegen diejenigen Gesetzesstellen, die durch die ersteren um ihre verbindende Kraft gebracht oder in bestimmter Art modificirt wurden, ausgeschieden oder darnach abgeändert werden. Natürlich muß eine solche Redaktion des Gesetzes von Zeit zu Zeit (in nicht entfernten Intervallen) erneuert werden, wenn jener Ausdruck seiner wahren Bedeutung entsprechen soll.

Die Sachverständigen kennen es, daß dieser Vorgang in Herausgabe positiver Anordnungen mit manchen Schwierigkeiten verbunden sei und gegründete Bedenken erregen könne, die insbesondere daher kommen, daß durch die Ausscheidung oder Aenderung der ursprünglichen Gesetzesstellen oder durch ungehörige

Einreihung von Nachtragsvorschriften leicht eine unrichtige Auslegung veranlaßt, der wahre Sinn entstellt, der Zusammenhang gestört und manche Irrung herbeigeführt werden kann. Jedenfalls ist um derlei Gefahren zu begegnen neben einer umfassenden und gründlichen Kenntniß aller hieher gehörigen und verwandten Gesetze auch eine tiefere, durch die Praxis unterstützte Einsicht in den Geist dieses Verwaltungszweiges erforderlich, um bei dem hier besprochenen Vorgehen überall die wahre Absicht der Gesetze hervorzuheben und vor Mißdeutungen zu wahren. Unter Voraussetzung einer solchen Qualification an Seite des Schriftstellers kann dann auf diesem Wege viel Gutes geleistet und namentlich die hier und dort sichtbare Abneigung vor dem Studium der zahlreichen und wandelbaren Zollvorschriften überwunden werden.

Sieht man nun — von diesen Betrachtungen geleitet — nach dem Inhalte des vorliegenden Werkes, so wird man zunächst lobenswerth finden, daß der Verfasser in seiner fleißig bearbeiteten Einleitung, welche den Entwickelungsgang des österreichischen Zollwesens und das von der Regierung in bestimmten Epochen befolgte zollämtliche System historisch darstellt, mehrere Zusätze und Veränderungen aufgenommen hat, welche zur Vervollständigung der Charakterzeichnung der österr. Zollgesetzgebung einen neuen Beitrag liefern. Dahin gehören namentlich die Zusätze in Betreff der für Tirol gegebenen Zollordnungen und Tarife, dann des eigenthümlichen Verhältnisses Dalmatiens zu den Ländern des allgemeinen österr. Zollgebietes. Die meisten Partien dieser historischen Zusammenstellung zahlreicher Anordnungen sind durch die ihrem Inhalte zu Grunde liegenden Principien zu einem gut verbundenen Ganzen ausgebildet; in einigen stellt sich dagegen das Materiale als ein Mosaikwerk dar, dem eine solche innige Verschmelzung fehlt.

Die Bearbeitung der Zoll- und Staatsmonopolsordnung in der oben besprochenen Art ist mit Umsicht durchgeführt. In dem Ergebniß derselben tritt das vor 8 Jahren unter demselben Titel der Oeffentlichkeit übergebene Werk des Verfassers in einem, den geänderten Zuständen und Bedürfnissen entsprechenden Zuschnitte auf und erscheint somit zu einem Theile als ein neues wissenschaftliches Produkt.

Diese neue Adjustirung der ersten Auflage nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung kann man nicht verfrüht, sondern man könnte sie vielleicht verspätet nennen, denn die Zahl der mittlerweile erschienenen Nachtragsverordnungen ist eine bedeutende und mehrere derselben brachten weitgreifende Veränderungen im Zollwesen mit sich. Der organische Bau des letzteren ist zwar bis auf einige Einrichtungen in den Zollämtern und bei der Finanzwache aufrecht erhalten worden, allein das Zoll- und Controlverfahren hat eine willkommene Vereinfachung erhalten, die dem Verkehre und der Industrie sehr zu Statten kommt. Wir brauchen hier nur auf die Verminderung der Zahl der controlpflichtigen Waaren, auf die Ausdehnung des Streckenverkehrs und auf die Aufhebung der Durchfuhrzölle zu erinnern.

Bei der unausgesetzten Aufmerksamkeit, mit welcher der Verfasser, wie das Werk leicht erkennen läßt, die Ergebnisse unserer Zollgesetzgebung verfolgt, ward es ihm möglich, die bezüglichen Nachtragsverordnungen, soweit sie hieher gehören,

vollzählig aufzunehmen. In Bezug auf ihre Einreihung findet man hier einen gleichen Vorgang und gleiches Verständniß wie in der ersten Auflage; beigegeben ist noch ein alphabetisches Sachregister und eine abgesonderte Darstellung des Anfageverfahrens, überdieß wird die Lieferung periodischer Nachträge der von Zeit zu Zeit publicirten Verordnungen zugesagt.

Im Vergleiche mit dem Stande der Gesetzgebung dieses Verwaltungszweiges zur Zeit der ersten Auflage dieses Werkes haben das Hauptstück von den amtlichen Niederlagen und die Staatsmonopolsordnung verhältnißmäßig die wenigsten Nachtragsverordnungen aufzuweisen. Dagegen enthalten die Hauptstücke V. und VI., welche von dem Zollverfahren, der Güteranweisung und der Zollgebühr handeln, mit Einrechnung der neuen Vorschriften über das Anfageverfahren, welches derselben Abtheilung angehörig, hier unter einem eigenen Hauptstücke (VII. b.) aufgenommen ist, die meisten und folgenreichsten Anordnungen, wie namentlich, die Ausdehnung des zollfreien inneren Verkehrs über das durch die Zolllinie von Bregenz bis Krakau begränzte fremde Gebiet; die Aufhebung der Durchfuhrzölle; die fünfjährige Dauer des Zollausmaßes; die genaue Bezeichnung der Grundlage der Zollbemessung bei der Eingangsverzollung angewiesener ausländischer unverzollten Waaren (§. 216); die Bestimmungen über die Creditirung der Zollgebühr; über den Maß- und Marktlosungs- und Appretursverkehr mit dem deutschen Zollvereine und über den Losungs- und Appretursverkehr mit dem dalmatinischen Zollgebiete (§. 226).

Die auf den Verkehr im Zollgebiete und die Maßregeln zu dessen Ueberwachung sich beziehenden Nachtragsverordnungen sind fast durchgehends eine Folge des freieren Systems, welches die Staatsverwaltung in der neuern Zeit angenommen hat. Es verschwindet die einfache Controle im inneren Zollgebiete rücksichtlich aller Waaren, die geschärfte ist daselbst nur auf dasjenige Salz beschränkt, welches die Erzeuger chemischer Präparate um einen geringeren als den allgemein festgesetzten Verkaufspreis aus den Gefällsniederlagen beziehen. Auch ein Ergebniß erfreulicher Art! Hofr. Springer.

Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht von Prof. Dr. August Geyer. Innsbruck 1862.

Die vorliegende Schrift ist bereits bekannt und hat in Zeitschriften wie in Lehrbüchern Eingang gefunden. Wir registriren nachträglich wenigstens diesen günstigen literarischen Erfolg und berühren hier nur eine Erörterung dieser großentheils kasuistisch bearbeiteten Abhandlung, deren Mittelpunkt die Auseinandersetzung über Mitschuld und Theilnahme bildet.

Der Verfasser bekennt sich zur Lehre von der verminderten Zurechnungsfähigkeit aus dem Grunde, weil es Grade der psychischen Freiheit gibt. Damit entlockt uns der Verfasser kein mitleidiges Lächeln, weil wir zu den Anhängern der absoluten Willensfreiheit nicht gehören und auf die Bedeutung der Ergebnisse der Herbart'schen Psychologie für die strafrechtliche Zurechnungslehre in dieser Zeitschrift aufmerksam gemacht haben. Allein folgt aus der Annahme von Graden der psychischen Freiheit die Richtigkeit des fraglichen juristischen

Begriffes der verminderten Zurechnungsfähigkeit? Die Frage, ob ein Subjekt in Beziehung auf eine ihm zuzurechnende Handlung strafrechtlich zurechnungsfähig und verantwortlich sei, ist wohl keine Frage nach dem im einzelnen Falle vorhanden gewesenen Grade der psychischen Freiheit, vielmehr lediglich eine Frage nach der Möglichkeit der Bestimmbarkeit durch das Strafgesetz oder schlechthin nach der Möglichkeit einer vernünftigen Selbstbestimmung im Sinne des Strafgesetzes. Diese Möglichkeit ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden. Eine Mittelstufe zwischen dieser Möglichkeit oder Unmöglichkeit, strafrechtlich bestimmbar zu sein oder verantwortlich gemacht zu werden, ist nicht denkbar. Wir nehmen eben nur Zustände verminderter Verschuldung an, und meinen, daß es sich nur bei der Zurechnung der Handlung zu einer concreten Schuld und bei der Strafbemessung um die Grade der psychischen und sittlichen Freiheit handle.

Mit den an praktischen Beispielen bündig und klar erläuterten Ausführungen des Verfassers über die verschiedenen Arten des Dolus sind wir größtentheils einverstanden, dessen Terminologie von der unsrigen abweicht. Die Bekämpfung des sog. dolus subsequens veranlaßt den Verfasser zu einer Kritik der scharfsinnigen Theorie der Unterlassungsverbrechen von Glaser, welche nur einzelne Punkte und Beispiele hervorhebt. Besondere Beachtung verdienen die Erläuterungen der Spruchpraxis des obersten Gerichtshofes in Verbindung mit gedrängten theoretischen Begründungen, welche der vorliegenden Schrift das frische Gepräge der wissenschaftlichen Durchdringung des gegebenen Rechtsstoffes verleiht und dieselbe nicht bloß zur Vorbereitung für Prüfungen, sondern auch zur fruchtbaren Anleitung für die Praxis sehr brauchbar erscheinen läßt. In dieser Beziehung möchten wir an eine ähnliche Arbeit Berner's erinnernd, die vorliegenden Abhandlungen, im Besonderen über den strafbaren Versuch, über die Anstiftung und Beihilfe als ein unentbehrliches literarisches Hilfsmittel für das Studium des österreichischen Strafrechts bezeichnen, welche jedoch hier bei ihrem Reichthume an positiven Einzelheiten und Streitfragen eine eingehende Besprechung nicht gestatten. Wahlberg.

Handbuch des deutschen Strafprocesses. Systematische Darstellung des auf den Quellen des gemeinen Rechts und der neuern deutschen Gesetzgebung beruhenden Kriminalverfahrens. Von Prof. Heinrich Albert Zachariä. Zweiter Band. Erste Lieferung. Göttingen 1863.

Mit dieser Lieferung beginnt der zweite und letzte Band des vortrefflichen Handbuches, welcher das eigentliche Verfahren in Strafsachen umfaßt. Die vorliegende Lieferung bringt die Hauptabschnitte, die Bestandtheile und Formen des Strafprocesses, die Verhältnisse von Civil- und Kriminalsachen und einzelne Akte des Untersuchungsverfahrens. Gerade für die Lehre von den einzelnen Akten des Strafprocesses ist die Methode des Verfassers, den neuern Strafproceß in seiner inneren Verbindung mit den Principien und Gestaltungen des bis 1848 in Deutschland bestandenen Kriminalverfahrens wissenschaftlich zu begründen, von durchschlagender praktischer Bedeutung, da das reformirte Strafverfahren diese Akte fast sämmtlich, wenn auch theilweise mit veränderter Grundlage

in sich aufgenommen hat. In dieser Beziehung, was die Regeln über die materiellen Bedingungen und die zweckmäßige Einrichtung der einzelnen Untersuchungsverhandlungen betrifft, ist die Theorie des früheren Untersuchungsprocesses nichts weniger als antiquirt und leisten hier die älteren Werke vor Jagemann, Stübel, Kitka u. a. großentheils noch gute Dienste.

Der Verfasser erklärt sich in der Lehre von den Fundamenten des Strafverfahrens hinsichtlich der Zulässigkeit der Privatklage gegen die Forderung bei allen Privatdelikten, den Betheiligten wenigstens subsidiarisch das Recht der Anklage zu gewähren, weil hiedurch, im Widerspruche mit dem Wesen des Verbrechens, dem Privatwillen ein unstatthaftes Uebergewicht eingeräumt und das Anklagegericht in einer für den Beschuldigten höchst drückenden Weise vervielfältigt werden würde. Folgerichtig müßte auch das Nacheinander-Auftreten verschiedener Privatankläger gestattet werden. Ja die Konsequenz würde fordern, daß auch in dem vom Staatsanwalte betriebenen Strafverfahren dem Verletzten oder seinem Vertreter in allen Fällen, wo er glaubt, daß seinem Interesse an der Herstellung der Schuld oder an der Bestrafung nicht vollständig Genüge geschieht, wenigstens subsidiär gleiches Parteirecht wie dem Staatsanwalte beigelegt werden, woraus sich eine bedenkliche Verschleppung des Strafverfahrens ergeben würde.

In der französisch-deutschen Auffassung der frischen That findet der Verf. eine unleugbare Verletzung des accusatorischen Principes, macht dieser gegenüber den engeren gemeinrechtlichen Begriff geltend und unterscheidet die Bedeutung der frischen That für die Einleitung der Untersuchung im Gegensatze zur Fortsetzung der Untersuchung, auch mit Rücksicht auf Verhaftungen der Landtagsabgeordneten — im Sinne der vor Kurzem im österreichischen Abgeordnetenhause laut gewordenen Stimmen zu Gunsten der einschränkenden Auslegung des Ausdruckes „frische That."

Mit Schärfe wird der Charakter der Voruntersuchung des reformirten Strafverfahrens kritisirt und auf die Inkonsequenzen und Abnormitäten desselben aufmerksam gemacht. Die eingewurzelte Tradition des veralteten Inquisitionsprocesses ist hier noch sehr mächtig und erklärt, einmal die vielfach in der engherzigsten Weise vorgeschriebenen Beschränkungen in Betreff der rechtlichen Stellung und Vertretung des Beschuldigten, zum andernmal das schiefe Verhältniß der schriftlichen Untersuchung zu der sogenannten mündlichen Hauptverhandlung. Nach Zachariä's Ansicht sollte die Entscheidung über das Ergebniß der Voruntersuchung eben so wie über die Einleitung derselben in die Hand der Staatsanwaltschaft gelegt werden, während die deutsche Gesetzgebung sich hier nur auf einzelne Zugeständnisse eingelassen hat, statt sich zu den Konsequenzen der öffentlichen Anklageschaft durch ein eigenes Anklageorgan ohne Vorbehalt zu bekennen. Wir heben hier noch die Ausführungen über die Collusionshaft und die Kautionsbestellung so wie über die rechtliche Bedeutung des Verhöres des Beschuldigten hervor, welche als besonders gelungene bezeichnet werden können.

Wahlberg.

Der Strafvollzug im Geist des Rechts. Vermischte Abhandlungen denkenden Rechtspflegern gewidmet von Prof. Karl D. A. Röder. Nebst einigen Aufsätzen W. H. Suringar's. Winter'sche Verlagshandlung 1863.

Der auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft und Gefängnißkunde vielseitig thätige Verf. beleuchtet eine Reihe von Einzelfragen der Gefängnißverbesserung und eröffnet seine kritischen Untersuchungen mit einer eingehenden Erörterung über die Fragen: ob die Strafe ein Uebel sein müsse, sowie über die Rückwirkung der Einführung der Einzelhaft auf die Gesetzgebung. Die erste Abhandlung bringt eine Uebersetzung der 1839 geschriebenen Dissertation de quaestione: an poena malum esse debeat, welche nach der Versicherung des Verfassers für ihre Zeit noch nicht reif war, und von den vornehmen Meistern der Strafrecht-Lehrzunft so gut wie todtgeschwiegen wurde. Röder hebt hervor, daß Er zuerst die Besserung als einzigen Zweck der Strafe bestimmt behauptet, und aus dem letzten Grunde des Rechts selbst nachgewiesen habe, daß die herrschenden Meinungen über die Strafe grundfalsch seien, daß es nicht der Mühe werth sei, bei den Stimmführern der Strafrechtswissenschaft der Gegenwart hierüber Umfrage zu halten, da sie noch immer an den eben so unsittlichen und unrechtlichen Grundgedanken des ungesunden Strafrechts festhalten, statt sich zu den geläuterten und einzig richtigen Rechtsbegriffen der Krause'schen Philosophie zu bekehren, daß aber immerhin die Zeit nicht mehr allzufern scheine, wo man über seine Verdienste um die Begründung der Besserungsstrafe nicht mehr vornehm die Achsel zucken, sondern vielleicht darin einen nicht ganz geringfügigen Beitrag zum Wohle des Menschengeschlechts erkennen werde! —

Durch den größeren Theil der vorliegenden Abhandlungen geht ein Ton polemischer Verbissenheit, der dem Eindrucke des Buches Abbruch thut. Wir sehen hier von dem Persönlichen und Polemischen der vorliegenden Schrift ab und befassen uns lediglich mit den sachlichen Bemerkungen unseres Fachgenossen, indem wir dessen Verdienste betreffs der Aufklärung der wahren Bedeutung der Einzelhaft und der Aufdeckung der traurigen Unrechtsfolgen des alten Gefängnißwesens unumwunden anerkennen.

Gegen Röder's rechtliche Begründung der Besserungsstrafe erklären wir uns jedoch entschieden. Wahr ist, daß die Strafe keine Peinigung sein soll, aber nicht minder richtig ist es, daß sie ein empfindliches Uebel sein müsse. Wahr ist, daß die Strafe nicht verunsittlichen dürfe, unbegründet aber ist die Annahme, daß jeder Verbrecher als sittlich Unmündiger behandelt, die Strafe lediglich im Geiste einer vormundschaftlichen Nacherziehung nur eine Wohlthat für den Verbrecher selbst sein, und die gründliche Besserung des Rechtsverächters als einziger Zweck der Strafe angesehen werden müsse. Der Verf. sagt: Inwieweit der Uebelthäter als willenskrank und darum als der vernünftigen Selbstbestimmung und der Selbstständigkeit unfähig sich erwiesen hat, insoweit aber nicht weiter darf und soll ihm dieselbe Behandlung und Fürsorge zu Theil werden, wie allen andern der Bevormundung Bedürftigten. Wie will Röder für Willenskranke Strafe verlangen, die doch

nach seiner Auffassung nicht strafmündig sind? Wenn Erziehungs- und Besserungsbedürftigkeit der einzig wahre Grund der Strafe ist, so läßt sich schwer einsehen, warum die der Bevormundung Bedürftigen gerade durch Strafe gebessert werden müssen, abgesehen davon, daß durch Strafe selten die gründliche Besserung eines Verwahrlosten und Verkommenen erreicht zu werden pflegt. Röder beweist wohl das Bedürfniß, die Verwahrlosten besser zu erziehen, allein daß die vormundschaftliche Nacherziehung das Wesen der Strafe ausmache, bleibt eben so unbewiesen, wie die Nothwendigkeit, daß gerade durch Strafe für die Nacherziehung gesorgt werden müsse. Der Besserungsstrafe fehlt hiernach die überzeugende rechtliche Begründung. Aber angenommen, die Strafe wäre nichts anderes als eine wohlthätige und heilsame Zucht, — eine Seelenarznei, wie schon Plato und das kirchliche Strafrecht sie bezeichnet haben, dann bleibt es noch immer wahr, daß eine Seelenarznei, eingenommen in der Form einer empfindlichen Freiheitsbeschränkung, in Verbindung mit Arbeitszwang, mit empfindlichen Entbehrungen in Nahrung, freier Bewegung, Wahl der Beschäftigung, geistigem Verkehr u. s. w. ihrer äußern Erscheinung wie ihrer nächsten Wirkung nach immerhin als ein sinnlich-geistiges Uebel oder wenigstens als ein Herzeleid empfunden werden müsse. Wird dieß nicht bestritten, und ist ein solches Uebel regelmäßig mit der Strafe verbunden, dann mag man dieselbe nur ein Gut nennen, eine Vergeltung der Uebelthaten durch Wohlthaten oder wie immer: — es genügt das Zugeständniß, daß dem Verbrecher durch die Strafe ein empfindliches Leid zugefügt werde, indem aus der Strafe für den Bestraften regelmäßig ein Uebel hervorgeht. Daß in der erziehlichen Wirkung oder bessernden Zucht der Strafe, in der Umstimmung der verbrecherischen Gesinnung des Sträflings eine Wohlthat für den Verbrecher selbst wie für die Gesellschaft anerkannt werden kann, wird Niemand bestreiten. Sieht man jedoch einseitig bloß auf das Moment der Zucht, der gründlichen sittlichen Besserung des Rechtsverächters und nicht auch auf das Strafmoment der sühnenden Genugthuung, dann hört die Strafe auf ein Akt vergeltender Reaktion gegen das Verbrechen zu sein — und geht in dem pädagogischen Begriffe eines Zuchtmittels auf. — Ist es nun wahr, daß sich die Strafe auf das Verbrechen gründe, besteht das Wesen des Verbrechens nicht allein in dem bösen Willen des Verbrechers, ist das Verbrechen nicht bloß eine unsittliche, sondern auch eine die Rechtsordnung verletzende und gemeinschädliche Handlung, dann muß die Strafe so gut wie das Verbrechen selbst eine objective und eine subjective Seite haben und eine Strafrechtstheorie ungenügend sein, welche lediglich die subjective Seite der Strafe beachtet und die Strafe nur als eine Nacherziehung des sittlich Gefallenen, nur als eine dem Verbrecher durch Erkrankung seines Willens unentbehrlich gewordene äußere Beihilfe zur Rückkehr auf den rechten Lebensweg auffaßt. — In der Röderschen Besserungsstrafe tritt mithin die ausschließliche Berücksichtigung des Verbrechers hervor, obgleich der Staat nicht immer und nicht lediglich um des Verbrechers willen allein seine Strafpflicht erfüllen kann, zumal wenn sich ein Ueberhandnehmen gewisser Verbrechen zeigt und die Belebung des Bewußtseins

waltender Vergeltung der Verbrechen als eine gebieterische Forderung der bürgerlichen Gesellschaft erscheint.

Aber angenommen, der Staat übe sein Strafamt immer nur um des Verbrechers willen allein, nicht auch um der Aufrechterhaltung der allgemeinen Rechtsordnung willen aus, so läßt sich wohl mit Grund bezweifeln, ob der nach Röder einzige Grund der Strafe, die Besserungsbedürftigkeit bei allen Verbrechern Anwendung finde. Es gibt Verbrecher, welche sich nur in der wallenden Hitze eines unseligen Affektes zu einem Verbrechen haben hinreißen lassen, bei sonstiger tadelloser Moralität und Rechtlichkeit. Paßt auf diese Verbrechernaturen die Zwangserziehung durch die Röder'sche Besserungsstrafe, bei welchen das Verbrecherische nicht aus sittlicher Verwahrlosung oder Unmündigkeit entsprungen ist? Gibt es eine Zwangserziehung, ein Besserungsverfahren für den Sturm und Drang akuter Affekte? Gewiß hat der Verfasser Recht, wenn er dort ein Besserungsverfahren fordert, wo das Verbrechen eine sittliche Verwahrlosung oder Verdorbenheit bekundet, und vollkommen stimmen wir demselben bei, daß die Belebung des sittlichen und religiösen Bewußtseins in den Strafanstalten ein unabweisbares höchst dringendes Bedürfniß sei, allein die überzeugende Begründung der von ihm vertheidigten Besserungsstrafe ist er uns noch schuldig geblieben.

Läge der Rechtsgrund der Strafe in dem Besserungszwecke, so müßte der Verbrecher, der sich schon vor seiner Abstrafung gebessert hat, folgerichtig straflos bleiben, weil der Besserungszweck schon vor der Strafe und ohne diese erreicht ist. Folgerecht müßte der unverbesserliche Verbrecher auch ungestraft bleiben, denn eine Strafe, die für die Besserung des Sträflings Nichts erreichen kann, ist nach Röder höchstens eine papierne Besserungsstrafe.

Auch könnte nach dieser Besserungstheorie ein passender Maßstab für die Strafe nur divinatorisch aufgefunden werden, da folgerichtig der Verbrecher unbestimmt bis zur erfolgten Besserung in dem Gefängnisse der vormundschaftlichen Nacherziehung unterzogen werden müßte.

Kann hiernach diese Theorie, welche die Strafthätigkeit lediglich in pädagogische Zweckthätigkeit auflöst, für die Rechtsbegründung der Strafe nicht als zureichend anerkannt werden, — und ich gestehe, daß auch die wiederholte Lesung der zahlreichen Röder'schen Schriften mich noch nicht auf den Weg der Besserung gebracht hat, — so muß derselben doch eine erhebliche strafpolitische Bedeutung für den Strafvollzug, für die Einrichtung der Strafanstalten zuerkannt werden.

Dieß zeigt sich auch in der That in den vielen trefflichen Bemerkungen und Rathschlägen, welche Röder in den weiteren Abhandlungen niedergelegt hat.

Die zweite Abhandlung bezeichnet den Einfluß der Einführung der Einzelhaft auf die Umgestaltung der Strafgesetzgebung. Die dritte Abhandlung reproducirt das Sendschreiben des Verf. über die Anträge der niederländischen Commission in Betreff des Gefängnißwesens vom Jahre 1858. Dieses Sendschreiben gab Suringar Veranlassung, sich über die Gefängnißfrage auszusprechen und wir danken dem vorliegenden Buche die Mittheilung einiger sehr beachtenswerther Aufsätze Suringar's über das Klassifikationssystem, über die

fabriksmäßige Besserung, über die Einrichtung der Untersuchungshaft, aus Amsterdam im Jahre 1857 geschrieben.

Interessant sind die Erinnerungen des Verf. über die Brüderschaft des rauhen Hauses und ihr Verhältniß zur Einzelhaft, von welcher Röder bemerkt: Nach Allem, was bis jetzt über das protestantisch gefärbte Gegenstück des alten Jesuitenordens — dessen Ordnungen und Verfahren (durch Professor von Holtzendorff) an's Licht gekommen ist, muß jeder aufrichtige Freund der Einzelhaft lebhaft wünschen, daß die leidige zweideutige Verknüpfung derselben mit jener Sippschaft je eher je lieber gelöst werde.

In Polemik gegen Prof. v. Holtzendorff verwirft der Verfasser das irländische Gefängnißsystem Walter Crofton's, stellt ferner in einer besonderen Abhandlung die Gesichtspunkte für die rechtliche Würdigung der Gefangenarbeiten fest und wirft schließlich einige Streiflichter auf die Quellen der Verbrechen und insbesondere der Rückfälle.

Die eilfte und letzte Abhandlung weiset auf das Bedürfniß hin, die verschiedenartigen Freiheitsstrafen fallen zu lassen und an eine Vereinfachung derselben zu gehen.

Indem wir hiermit die Anzeige der vorliegenden Sammlung älterer und neuer Abhandlungen abschließen, behalten wir uns vor, ausführlicher auf einzelne Punkte derselben, nach Maßgabe unserer bei wiederholten Besuchen zahlreicher Strafanstalten gewonnenen Beobachtungen, zurückzukommen.

Wahlberg.

Grundsätze der Staatswissenschaften. Herausgegeben von Dr. G. Roller. Reg. Sekretär a. D. Stuttgart 1864. C. Camerer.

Es ist in unserer Zeit eine schwere Aufgabe, Schriften über Staatswissenschaften anzuzeigen, weil es wohl im Grunde eine schwere Aufgabe ist, solche Schriften zu verfassen. Gar viele von diesen sogenannten Arbeiten haben einen gemeinsamen Charakter; sie sind weder gut noch schlecht, weder flach noch gründlich, weder klar noch unklar; — sie sind geradezu naiv. Haben denn diese Leute gar nichts von der neuen, und gar nichts von der alten Literatur gelesen? Haben sie sich gar nicht um die großen und kleinen Fragen gekümmert, welche um uns her entstanden sind? Haben sie gar nicht daran gedacht, was wohl ein Franzose oder Engländer sagen würde, wenn er solche Bücher als „Staatswissenschaften" in die Hand nimmt? Da sind vor uns „Grundsätze der Staatswissenschaften", in denen keine Silbe über den Staat und seine Grundlagen vorkommt, keine Silbe über Verfassung und öffentliches Recht — kurz nichts gar nichts als zweihundert Seiten der verzweifeltsten Trivialitäten über einige Gebiete der Polizeiwissenschaften. Und warum? Weil der Verfasser ganz naiv erklärt, daß diese Dinge deßwegen keine Berücksichtigung finden konnten, „weil sie in dem Plane, den man nicht zu überschreiten sich vorgenommen, nicht aufgenommen waren." Was soll man dazu sagen? Grundsätze der Staatswissenschaften, in die dem Plane der Darstellung gemäß die Grundsätze der Staatswissenschaft nicht aufgenommen sind! Doch gut — der Plan war verkehrt, oder er mag, wie

ses hier der Fall zu sein scheint, gar kein Plan, sondern nur ein Einfall sein, so kann wenigstens der Inhalt der Grundsätze der Staatswissenschaften für einige Theile der Staatswissenschaften brauchbar sein. Wir hätten es sehr gewünscht, denn es gibt nur zu viele Gebiete, in denen nur zu viel noch zu thun ist. Aber es fällt uns schwer unser Urtheil hier unumwunden auszusprechen. Wir bemerken nur, daß die gesammten Grundsätze der Staatswissenschaften sich mit nichts beschäftigen, als mit der „Sicherung" derjenigen Rechte, welche „in dem Plan des Verfassers aufgenommen sind." Eine andere Kategorie als die der „Sicherung" existirt für den Hrn. Verfasser nicht. Und da kommen einige gar eigenthümliche Dinge zum Vorschein. So z. B. fällt unter „die Sicherung der Freiheit" in erster Linie die „Sicherung einer angemessenen Bevölkerung", worunter der Verfasser wahrscheinlich die Herstellung einer angemessenen Bevölkerung versteht. In §. 3 kommt vor „Sicherung des Natureigenthums" — und dieß „Natureigenthum" ist dem Verfasser eine Natur, welche nicht im Eigenthum ist; denn er setzt dieß Natureigenthum 1. „in Bezug auf den Gebrauch und Besitz herrenloser Dinge" — das ist überhaupt kein Eigenthum — 2. „in Bezug auf das öffentliche Eigenthum auswärtiger Staaten", also ein Natureigenthum, welches öffentliches Eigenthum ist — und 3. „in Hinsicht auf das auswärtige Privateigenthum." Dann aber folgt ein Kapitel über die „Sicherung des Privateigenthums." Was soll man dazu sagen? Es würde Oleum et operam verschwenden heißen, wieder auf solche Dinge einzugehen. Von einer Literatur, von Herbeiziehen anderer Meinungen, von Statistik, ja nicht einmal von einer correcten Schreibart ist keine Rede. Gleich der erste Paragraph beginnt wörtlich: „Als Wissenschaft stellt sich die Politik hin — als die Basen von den Grundsätzen und Mitteln in Beziehung auf Sicherung des Zwecks der Rechte." Wird jemals Jemand sich die Mühe geben, solche Sätze zu corrigiren?

Wir greifen mitten in das Buch hinein und finden auf der ersten besten Stelle p. 37 folgenden Satz: „Es gibt zwei Wege, durch welche die Staatsgesellschaft (?) zu großen Gütern gelangen kann" — unter diesem Satze will der Verfasser „diejenigen Besitzthümer" bezeichnen, „welche vorzugsweise zu großen Gütern geeignet sind." Kann man sich ein mehr barbarisches Deutsch und ein nutzloseres literarisches Büchermachen denken, bei dem weder Gedanke noch Ausdruck den Mangel an Kenntniß der Sache oder der Literatur ersetzen? Seit hundert Jahren treiben wir Staatswissenschaften; was würden Moser, Justi und Sonnenfels, geschweige denn die spätern sagen, wenn sie diesen Fortschritt begrüßen müßten? L. Stein.

Grundsätze der Volkswirthschaftspolitik mit anhaltender Rücksicht auf bestehende Staatseinrichtungen von Dr. Karl Heinrich Rau. Zweite Abtheilung. Fünfte Auflage. Leipzig und Heidelberg 1863.

Indem wir die Feder ergreifen, um die vorliegende fünfte Auflage von Rau's Volkswirthschaftspolitik anzuzeigen, wird wohl niemand erwarten, daß wir viel Neues dabei sagen. Man kann über die ganze Auffassung, über die Behandlungsweise, selbst über viele einzelne Puncte wesentlich anderer Ansicht sein, als

der verehrte Verfasser, aber über die hohe Bedeutung des Werkes, im Allgemeinen über seinen hochwichtigen und heilsamen Einfluß auf Wissenschaft und Praxis, und über die Stellung, welche es in der Geschichte der Wissenschaft einnimmt, gibt es gewiß in Deutschland nicht zwei verschiedene Ansichten. Rau's Buch, und zwar in seiner Verbindung mit seiner Volkswirthschaftlichen- und seiner Finanzwissenschaft, ist es, dem wir die definitive Anerkennung der Basis der gesammten Staatswissenschaft, die Scheidung von Nationalökonomie, Finanzen und Verwaltung verdanken. Was mit richtigem Blick und in höchst eleganter Form vor hundert Jahren Sonnenfels zuerst in Oesterreich aufstellte, was die übrige deutsche Literatur gar nicht beobachtete, was selbst der philosophisch streng gebildete Soden nicht zu formuliren verstand, und warum uns die höher gebildeten Franzosen beneiden, die selbständige Auffassung jener drei Gebiete, das hat Rau mit klarer Erkenntniß und mit außerordentlicher Gelehrsamkeit endgiltig festgestellt. Es wird in der Geschichte der Staatswissenschaften keine Zeit geben, die das vergessen kann, als — die Gegenwart, in der Rau selbst lebt. Trotz dieser seiner wissenschaftlichen That, trotz der vollen und unbezweifelten Anerkennung, die man ihm zollt, ist auch er nicht mächtig genug gewesen, die Konfusion dauernd zu hemmen, welche in Frankreich und England in diesem Gebiet besteht; sehen wir doch selbst bei Schriftstellern wie Roscher das bequeme, systemlose Zurückfallen in den im Grunde überwundenen Standpunkt des Paragraphenwesens, von andern zu geschweigen, die in der Verzweiflung an einem klaren Gedanken zu einem unklaren Worte, wie „National-Ökonomie" mit Kautz oder ähnlichem griffen. Wir bewundern nur, daß Rau selbst, so streng kritisch in allem Einzelnen, doch für das Ganze diese, ihm und seiner eigensten Anleitung schnurstracks zuwider laufenden Verirrung nicht mit einer Silbe erwähnt! Und doch gehört Rau ja noch der Zeit an, wo es eine wirkliche Kritik wissenschaftlicher Werke gab, wo die Literaturzeitungen als selbständige Unternehmungen bestehen konnten, und die Bücher statt angezeigt auch beurtheilt wurden. Ist ihm dann nicht zuweilen unmuthig die Lust gekommen, auch seinerseits einen Schwertstreich für das zu thun, für das er sein ganzes Leben gewirkt hat, und das sich dauernd wie ein errungener Sieg an seinen Namen knüpft? — Doch es mag wenig nützen, in einer Anzeige von dieser Sache zu reden, wenn es nicht einmal genützt hat, daß Rau fünf Bände damit erfüllt. Wir unserseits freuen uns deßhalb doppelt, daß nunmehr auch die zweite Abtheilung der Volkswirthschaftslehre in fünfter Auflage vorliegt. Es ist für uns ein Besitz mehr, und für das Hereinbrechen der Konfusion eine Schwierigkeit mehr zu überwinden. Wir dürfen, indem wir dieß Werk begrüßen, die Gelegenheit nicht vorübergehen lassen, in ihm einen neuen und mächtigen Beitrag zu derjenigen Lehre anzuerkennen, welche entweder dauernd die Ordnung in dieß Gebiet der Staatswissenschaft bringen, oder selbst untergehen wird, der Verwaltungslehre. Wir wollen nicht mit Rau rechten, daß auch er keine Definition der Verwaltung hat; er hat wenigstens die Substanz derselben gegeben, und das ist sein Werth und wird sein Werth bleiben.

Es hätte offenbar keinen Sinn, über Einzelnes in diesem Werke hier streiten zu wollen. Das Buch Rau's kann nur richtig beurtheilt werden durch

die neue Zeit, welche sich nach ihm entwickeln wird. Keine Zeit aber wird vorüber gehen, ohne dem anerkannten Haupte der staatswissenschaftlichen Theorie unserer Gegenwart ihre volle Anerkennung auszusprechen. Doch dürfen wir uns vielleicht eine Bemerkung gestatten, die ihrerseits für künftige Arbeiten als eine Forderung angesehen werden mag. Rau's Werk ist bekanntlich allmählig eine Bibliographie der Verwaltungslehre geworden. Anfänglich hatte Rau offenbar die Absicht, jeden seiner Sätze mit einer Reihe von Beispielen aus dem praktischen Leben zu belegen, und die Literatur stand dermalen nicht eigentlich als Literatur, sondern vielmehr als Angaben von Beweisstellen. Nach und nach hat sich dieß letzte Gebiet erweitert, und jede Note ist eine kleine Bibliographie für sich. Das hat einen sehr großen Werth, eben weil man dabei dessen gewiß ist, was Rau vor andern auszeichnet, daß man nicht bloß die Namen zu hören bekommt, welche gerade der Meinnng des Verfassers sind, sondern jeden der darüber gehört werden muß. Nun wäre es gewiß ein großer Werth, wenn aus diesem bloß materienmäßigen Anführen der einzelnen Schriftsteller eine förmliche systematisch durchgeführte Bibliographie würde. Wir haben daher in Beziehung auf die französische Literatur ein mustergiltiges Beispiel in Block's Dict. de l'Administration. Die mehr systematische Auffassung Rau's, die dann doch bei jedem Punkte vom Einzelnen zum Allgemeinen geht, würde sich leicht über die bloße Nomenclatur erheben und zu einer, wenn auch kurzen Geschichte der Ansichten verarbeiten zu lassen. Das würde bei der wachsenden Masse von Arbeiten auf diesem Gebiete ein außerordentliches Bildungsmittel sein. Es würde jede Note eine kleine literarische Geschichte der betreffenden Frage enthalten, und nicht bloß als Mittel der Bequemlichkeit dienen. Die Notizenhaftigkeit ist nicht immer das Complement unsrer Gründlichkeit und der Werth einer überzeugenden Gewalt liegt in den meisten Fällen vielmehr in der historischen Reihenfolge der Ansichten, zu einem Bilde ihrer inneren Entwicklung gestaltet, als in der Anhäufung der Büchertiteln, die man unfruchtbar anstaunt, oder doch wenn man sie brauchen soll, in jedem Buchhändlerkatalog vollständiger und besser findet. Auf diesem Gebiete ist für das deutsche Lehrbücherwesen noch ein ganz neuer und großartiger Erfolg zu erringen, und hier werden wir, wenn wir die Sache ernsthaft auffassen, die Achtung vor der deutschen Gelehrsamkeit auch auf dem Felde der Staatswissenschaften erobern müssen, die wir auf andern Feldern uns erworben haben. Wie lange werden wir gebrauchen, um uns in diesem Gebiete frei und mit derjenigen Sicherheit der Behandlungsweise zu bewegen, welche den Franzosen so oft das gründliche Studium ersetzt, und welche die Engländer namentlich durch Beschäftigung mit Specialitäten gewinnen. L. Stein.

Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart, von Ferdinand Walter. Bonn bei A. Markus 1863 (XIV. u. 608 S.).

Wer ein Buch schreiben will, muß unseres Erachtens zunächst darüber im Klaren sein, worüber er schreiben will. — Daß es der fruchtbare und in verschiedenen Gebieten vortheilhaft bekannte Verfasser bei Abfassung wenigstens dieses seines neuesten Werkes und selbst nach Abfassung desselben nicht war,

scheint uns schon daraus hervorzuleuchten, daß er seinem Buche den Titel: „Naturrecht und Politik" gab, jeden einzelnen Bogen desselben aber an seinem Fußrande mit „Rechtsphilosophie" bezeichnete und im Buche einmal „die philosophische Staats- und Rechtslehre", und an einem andern Orte die „Rechtsphilosophie" darstellen zu wollen erklärt. Nach den ersten Worten seiner Vorrede: „Der Zweck des Verfassers bei der Abfassung dieses Buches war zunächst der, sich selbst von dem im Gebiete des Staatslebens Erforschten und Erlebten Rechenschaft zu geben, dann aber auch Andern nützlich zu sein", hat es den Anschein, als wollte der Verfasser die gesammte Staatswissenschaft darstellen und fasse mit Hegel sie und das Naturrecht zu einer Wissenschaft — der Philosophie des Rechts — zusammen. Blickt man jedoch auf seine unlogische Eintheilung der Wissenschaften und seinen Begriff der philosophischen Erkenntniß; so könnte man glauben, daß er ein Stück angewandter Psychologie darstellen wolle, denn er sagt im §. 454: Die Wissenschaften sind in zwei Hauptclassen einzutheilen, in diejenigen, welche die irrationale Natur und diejenigen, welche den Menschen zum Gegenstande haben. Letztere beziehen sich entweder auf den Menschen als physisches Wesen oder auf den Menschen als Geist. Diese beschäftigen sich entweder mit dem menschlichen Geiste an sich, die Philosophie (Naturphilosophie!) oder mit der Erscheinung des Geistes im Staate, die Rechts- und Staatswissenschaft u. s. w., und im §. 499: „Zur philosophischen Erkenntniß (von Staat und Recht) erhebt sich die Reflexion, wenn der Geist seine Beobachtung auch auf sich selbst richtet und den Grund und Ausgangspunct der äußern Erscheinungen (von Staat und Recht) in den angebornen Eigenschaften und Bedürfnissen der menschlichen Natur nachweist." Bestärkt wird man in diesem Glauben durch seine Worte über Gegenstand und Aufgabe der Rechtsphilosophie in §. 2: Der Gegenstand dieser Wissenschaft ist die Untersuchung des Wesens der aus den in die menschliche Natur niedergelegten Keime sich entwickelnden Lebensordnungen, deren Gesammtheit den Staat und das Recht ausmacht. Jede aus der Natur des Menschen sich entwickelnde Lebensordnung hat auch eine von der Natur (?) gewollte Bestimmung. Es ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie diese aus der Beobachtung (?) derselben zu erkennen und zum Bewußtsein zu bringen." Durch Beobachtung, dieß sei nebenbei bemerkt, kann man unmöglich erkennen, was da sein soll, also nicht nothwendig wirklich ist.

Wankend wird jedoch unser Glaube durch eine andere Definition der „philosophischen Rechtslehre" im §. 18, wo der Hr. Verfasser ihr Verhältniß zur „Philosophie des positiven Rechtes" darlegt. Darnach, so scheint es, wolle er einen unbedingt anwendbaren Maßstab der Beurtheilung aller Rechte aufstellen und nach diesem eine Kritik derselben unternehmen. Denn er sagt im §. 18: „Die Philosophie des positiven Rechts muß sich mit der Erkenntniß begnügen, was unter den gegebenen Verhältnissen das Nothwendige, Mögliche oder Zweckmäßige, also das relativ Vernünftige ist, und verhält sich zur „philosophischen Staats- und Rechtslehre" in doppelter Weise: Einestheils setzt jene diese voraus, um die Unvollkommenheiten der nationalen Rechte aufdecken und beurtheilen zu können und „anderntheils kann die philosophische Rechtslehre als die Erkenntniß von dem absolut Vernünftigen und Nothwendigen im Rechte nur

aus der Beobachtung und dem Nachdenken über das positive Recht hervorgehen, weil (!) der menschliche Geist überhaupt nur von dem Konkreten zum Allgemeinen aufsteigt." Als ob „das Nothwendige und Vernünftige im Rechte," durch logische Abstraktion von den konkreten Normen gewonnen werden könnte! Als ob das allgemein geltende Recht nothwendig und nur dieß das vernünftige wäre!

Unserer letzten Annahme steht wohl nichts entgegen, wie der Verfasser den Beisatz, Naturrecht und Politik *im Lichte der Gegenwart* im §. 3 erklärt: „Die Lebensordnungen sind einer mannigfaltigen Gestaltung fähig. Der reflektirende Geist lernt in diesen Formen und Erscheinungen das Wesentliche und Zufällige unterscheiden und stellt nun das *ihm auf der dermaligen Stufe der Erkenntniß* als das nothwendig und vernünftig Erscheinende als eine Wissenschaft, als die Rechtsphilosophie der Zeit dar." Denn auch hier nimmt er ein Wesentliches und Nothwendiges im Rechte als vorhanden an. Daß darüber „der reflektirende Geist" keine andere als seine *dermalige* Ueberzeugung aussprechen wird, versteht sich wohl von selbst, aber nicht daran denkt man bei dem Titel einer Darstellung „im Lichte der Gegenwart" und nicht dieses ist es, woran Hegel, auf den sich der Verfasser beruft, gedacht hat, als er jede Theorie und damit alle Politik verwarf, welche „eine Welt baut, wie sie sein soll," sondern man stellt die Frage, ob es „ein *absolut* Vernünftiges und Nothwendiges im Rechte gibt und ob die Rechtsphilosophie *nur dieses* darzustellen habe, oder ob für jede Zeit ein anderes Recht vernünftig ist und die Rechtsphilosophie mit der Darstellung desselben wirklich „immer zu spät kommt", zu spät kommen muß.

Sieht man nicht darauf, was der Verfasser schreiben zu wollen erklärt sondern darauf, was er wirklich geschrieben hat, so fällt es schwer, dasselbe mit dem Namen einer bekannten Wissenschaft zu bezeichnen.

Sichtlich war es dem vielseitig gebildeten Verfasser Bedürfniß, die Ergebnisse seines Nachdenkens über den Menschen in einem Buche niederzulegen. Hiefür eignet sich gewiß ein Werk über „Naturrecht und Politik", da man ja gewohnt ist, unter diesen Titeln ganz heterogene Dinge behandelt zu sehen.

Der Verfasser bespricht in dem vorliegenden Buche die verschiedenen Ansichten über den „Ursprung des Menschen" und die daraus folgende „Einheit der Menschheit", er redet über „den Ursprung der Sprache", über die Wirkungen der „religiösen Festtage" und über Volksfeste, kritisirt die bestehende Form der Schauspiele und die dramatische Literatur, weist bei jeder Gelegenheit auf die Heilsamkeit und Nothwendigkeit des christlichen Glaubens hin, er kann ferner nicht umhin, mystische Phrasen, welche ihm besonders gut gefallen zu haben schienen, wie z. B. von „Morgenstunden des Geistes, welche Schlüsse und Gefühlen des Ostermorgens, welche unmittelbare Beweise der göttlichen Gnade" sein sollen, seinen Lesern mitzutheilen und ihnen Moral zu predigen, ohne dieß und anderes mit dem wissenschaftlichen Zwecke seiner Darstellung in Zusammenhang zu bringen.

Das erste Kapitel dieser Letzteren enthält in 22 Paragraphen die Grundzüge einer Anthropologie verbunden mit steter, jedoch nur andeutend gehaltener

Hinweisung auf ihre Bedeutung für Staat, Recht und Sitte. Das 2. Kapitel über „den Staat und das Recht" enthält in 417 Paragraphen eine Darlegung des Wesens von Staat und Recht, ferner die Aufzählung der Urrechte des Menschen und endlich eine Beurtheilung der wichtigsten familien-, vermögens- und staatsrechtlichen Bestimmungen nach einem auf christliche Weltanschauung und eine selten zureichende Kenntniß der Institute des Gemeinlebens gestellten, theils naturrechtlichen, theils politischen Maßstab und in einer Weise, welche öfters die Entscheidung dem Leser überläßt.

Diese Erörterungen sind verwoben mit einer Strafrechtstheorie und mit einigen Bemerkungen über den Civil- und Strafproceß, sodann mit volkswirthschaftlichen Betrachtungen z. B. über Arbeitstheilung und Verkehr, über die Bedeutung des Geldes und den Stoff desselben u. s. w., welche mit den rechtsphilosophischen Deduktionen in keinem Zusammenhange stehen. Bei Besprechung der Münzarten werden die auf sie sich beziehenden Rechtsregeln nicht einmal erwähnt.

Sie erscheinen ferner verwoben mit einzelnen zusammenhangslosen Bruchstücken aus der Gesellschaftslehre und endlich mit Erwägungen rein politischer Art, namentlich aus dem Gebiete der Polizei und Kulturpolitik. Die Politik wird jedoch bei weitem nicht vollständig dargestellt.

Das 3. Kapitel handelt in 21 Paragraphen von „der Menschheit", d. h. von dem Völkerrechte; das 4. Kapitel in 17 Paragraphen vom „Menschen als unsterbliches Wesen", d. h. vom nothwendigen Inhalte und Ursprunge der Religion, vom Wesen der (katholischen) Kirche und vornehmlich vom Verhältnisse des Staates zur Religion und Kirche, bekanntlich einem Gegenstande des Staatsrechts.

Daran schließt sich eine Geschichte der Rechtsphilosophie.

Schon aus dieser kurzen Inhaltsangabe leuchtet das sonderbare System hervor, welches der Verf. seiner Darstellung zu Grunde legt. Unter dem Titel „das Leben und dessen Erscheinungen im Staate" bespricht er die Urrechte der Individuen, das Familien- und Vermögensrecht, die Armuth und die Abhängigkeitsverhältnisse aus Armuth, nähmlich „das Gesinde-, Taglöhner- und Fabriksarbeiterverhältniß und den Pauperismus", ferner das Leben des Geistes und darunter die Gesetze gegen den Nachdruck und den Unterschied der Stände.

Unter der der obigen beigeordneten Rubrik: „Von der Monarchie" bespricht er die Unveräußerlichkeit und Untheilbarkeit des Reiches, ferner „die Handhabung der Regierung" und unter dieser Ueberschrift den Organismus der Behörden und die Mitwirkung des Volkes bei der Regierung in der Familie (!), Gemeinde, Korporation, Provinzial- und Reichsständen, der politischen Presse, politischen Vereinen und Volksversammlungen, nachdem er schon früher unter einer besonderen Rubrik „von der Staatsverfassung" gehandelt hat. Den zuletzt genannten Gegenständen ordnet er unter derselben Hauptrubrik eine Besprechung „der Thätigkeit der Regierung" bei, unter welcher Ueberschrift die Strafrechtstheorie, prozeßualische Bemerkungen und polizeiliche und kulturpolitische Erörterungen aufgenommen erscheinen.

Ueberschauen wir das vom Verfasser wirklich Geschriebene, um dasselbe

mit dem Namen einer bekannten Wissenschaft zu bezeichnen, so können wir annehmen, er habe eine Rechtsphilosophie schreiben wollen und nur aus Unklarheit über den Begriff und Inhalt dieser Wissenschaft Bruchstücke anderer Disziplinen, wie namentlich der Politik, als Theile derselben angesehen und in seine Darstellung aufgenommen.

Sehen wir aber von seiner Auffassung der Rechtsphilosophie ab, und fragen wir, was er für die Rechtsphilosophie als Wissenschaft der Gründe und namentlich der letzten Gründe des Rechts geleistet hat, so finden wir in seinem Buche viele und viel richtige Behauptungen, jedoch wenig tiefe und richtige Begründung.

Die Klärung der Rechtsbegriffe und die stete Zurückführung positiver und erdachter Rechtsregeln bis auf ihre letzten Gründe bildet die Aufgabe der Rechtsphilosophie, ohne deren Lösung alle, wenn auch vollkommen richtigen juristischen Behauptungen werthlos bleiben, weil ihre Richtigkeit nicht feststeht und ihre Anwendung unmöglich oder doch unsicher ist, da bekanntlich das Begründete so weit und nicht weiter reicht, als seine Gründe.

Die Gründe des Rechtes sind aber Gründe seiner Geltung, und diese sind dreierlei; erstens Gründe seiner Heiligkeit oder verbindenden Kraft, zweitens die maßgebenden Gründe der Rechtserzeugung und drittens endlich die psychischen Ursachen der wirklichen Rechtsbildungen.

Betrachten wir nun, wie der Verf. die Rechtsbegriffe klärt und das Recht begründet.

Im §. 16 stellt er das Verhältniß der Rechtsphilosophie zur Ethik dar und findet, daß diese „zum Gegenstande hat, die in Gesinnung und Handlungen zu bethätigende Uebereinstimmung des Menschen mit der ihm von Gott angeschaffenen Gottähnlichkeit (? kann denn etwas „Geschaffenes," also Wirkliches Wirkungen hervorrufen, welche mit ihrer Ursache nicht von selbst in „Uebereinstimmung" stehen ?), die sich in unserem Bewußtsein durch den uns dazu von Gott angebornen, also (! gleich unserer Neigung zum Bösen?) aus der Wesenheit Gottes stammen, den Sinn für das Gute, Wahre und Schöne offenbart. Sie schließt also auch die Tugend der Gerechtigkeit in sich, als die beharrliche Gesinnung, Jedem das Seinige zu gewähren. Ethik und Rechtsphilosophie haben denselben Ausgangspunkt und dasselbe Ziel: Die Verwirklichung der dem menschlichen Geiste eingepflanzten und durch ihn in sich erkennbaren göttlichen Ideen und Eigenschaften (!). Die Ethik nimmt dazu den Menschen in seiner Totalität, die philosophische Rechtslehre in der besonderen Beziehung zur Gerechtigkeit." Beide sind „wie die Sittlichkeit und das Recht innig in einander verwachsen." Damit erklärt der Verf. die Rechtsgesetze für einen Theil der Sittengesetze, für Gesetze, welche nicht die Rechtswissenschaft, sondern die Ethik zu lehren hat und welche nur mit sittlicher Gesinnung befolgt werden können. Weil dieß aber mit dem wirklichen Sachverhalte in zu grellem Widerspruche steht, knüpft der Verfasser unmittelbar an die obigen Worte Unterscheidungen zwischen „Ethik (!) und Recht," welche er aus der Betrachtung der Erscheinungen des Lebens gewonnen hat. Daß Behauptungen, wie die, daß es „auf die Gesinnung für das Recht nicht ankommt", mit seinem eben aufgestellten Principe im Widerspruche stehen, kann einen Gelehrten wenig kümmern,

welcher „die durch geistigen Zwiespalt jeder Art erzeugte Verworrenheit und tiefe Zerrüttung seiner Zeit, durch Versöhnung und Vermittlung" heilen will und zu dem Ende, wie wir weiter unten sehen werden, die falschen und einander widersprechenden Principien der verschiedenen philosophischen Systeme seiner Darstellung zu Grunde legt. Ihm darf daher auch der Widerspruch nicht auffallen, daß er im §. 71 mit Berufung auf §. 16 und nach den Worten des §. 60: „Das Recht und die Gerechtigkeit sind in ihren letzten Gründen aufgefaßt, die aus den Eigenschaften Gottes fließenden Gesetze der sittlichen Weltordnung, die sich dem Menschen durch die Organe des Gewissens als solche, also als Willen Gottes und als eine über den Menschen stehende Macht ankündigen," das „Unterscheidende zwischen Recht und Sittlichkeit" darin findet, daß „ein Verhältniß zwischen Menschen nur dann und in so weit ein juristisches ist, als dabei gegen den Verpflichteten entweder ein Zwang auf unmittelbare Erfüllung denkbar (!), oder doch ein Surrogat in Geld möglich, oder eine Bestrafung wegen dessen Verletzung zu rechtfertigen ist;" daß er ferner das Privatrecht denjenigen Theil des Rechtes nennt, welcher am meisten von dem menschlichen Belieben abhängt, daß er die Quellen des Rechts „theils im Gewissen, insbesondere im Rechtsgefühle, theils im Instinkt (!) der Zweckmäßigkeit erblickt und doch daneben und nach all' den frühern frommen, gottvollen Reden vom Rechte von menschlichen Willen ausgehende unzweckmäßige und ungerechte Satzungen als Recht anerkennt und Gewohnheitsrecht, Rechtswissenschaft (!) und Gesetze auch Rechtsquellen nennt, daß er ferner nur in diesen und nicht auch in von dem „Stellvertreter Christi auf Erden" oder andern Menschen nach Eingebungen ihres „Gewissens und mit Instinkt der Zweckmäßigkeit" abgefaßten Gesetzesentwürfen wahre Rechtsquellen und alle Menschen verbindendes Recht sieht u. s. w. u. s. w.

Gehen wir jedoch zu einem andern Grundbegriffe, zum Begriffe des Staates über.

Der Herr Verfasser nennt den Staat im §. 43: „Die Erscheinung der Menschheit in der Gestalt eines ein selbstständiges Gemeinwesen bildenden Volkes." „Es gibt keine andere Erscheinungsform des Menschlichen. Alle Aufgaben und Interessen der Menschen und der Menschheit fallen daher auch in den Bereich des Staates. Sein Zweck ist die Entwicklung der Menschen und der Menschheit. Unter die Staatsgewalt fällt nur (!) das, was seiner Natur nach Gegenstand obrigkeitlicher Befehle und Anordnungen sein kann." Nach solchen Aussprüchen war Niemand weniger, als der Verfasser berechtigt, gegen Hegel's „übertriebenen Begriff von der Staatsomnipotenz" zu polemisiren, und zwar um so weniger, als ihm „Staat und Gesellschaft Eins sind, der Staat nichts Anders ist, als die organisirte Gesellschaft."

„Der Ursprung der Staaten liegt in der Familie, welche ihr Abbild auch auf künstliche politische (-staatliche?) Einrichtungen übertrug, aus denen der Staat hervorging."

Der Staat ist nicht durch einen Vertrag entstanden, weder durch einen Einigungs- noch durch einen Unterwerfungsvertrag, denn „wo hätte der Mensch im Zustande der Natur die Begriffe, ja selbst nur die Ausdrücke erhalten kön-

nen, um einen solchen Vertrag zu verabreden." „Eben so wenig ist ein gegenseitiger Unterwerfungsvertrag zu irgend einer Zeit nachzuweisen," denn aus dem ersten Unterwürfigkeitsverhältnisse, dem „der Kinder zu dem Hausvater, gingen in ununterbrochener Folge die Autorität des Stammoberhauptes und anderer Formen der Herrschaft hervor."

Die Naturrechtslehrer versetzten sich in ihren Forschungen nach dem „Ursprunge der Staaten" in das Phantasiegebilde eines Naturstandes und deduzirten aus demselben ihre Ansichten. Der Verfasser verfährt bei der Widerlegung derselben eben so wenig exakt. Auch er hält seine Phantasien über die Begriffsarmuth „des Menschen im Zustande der Natur" und über die Entwicklung der Unterwürfigkeitsverhältnisse für Thatsachen. Ja er ist an philosophischem Geiste ärmer als jene, denn abgesehen davon, daß er die Geschichte (Sage?) der Gründung von Rom, die durch Bündnisse kleiner Völkerschaften entstandenen deutschen Staaten, die freiwillige Unterwerfung der Engländer, Franzosen, Belgier, Griechen, Italiener unter neue Herrscher u. A. in seiner Polemik gegen die Vertragstheorie nicht beachtet hat, zeigt er damit, daß er der Frage der Rechtsphilosophie nach den staatbegründenden Thatsachen völlig mißverstanden hat. Der Rechtsgrund der Staatsverbindung, der Grund ihrer verbindenden Macht und nicht die geschichtlichen Ursachen der Staatenbildung stehen für die Rechtsphilosophie in Frage. Diese Frage wollen die Vertreter der Vertragstheorie durch ihre Lehre gelöst haben. Der Verfasser hat hier den dritten der oben aufgezählten Gründe des Rechts (auch ihm ist „der Staat ein Rechtsverhältniß") mit dem ersten verwechselt.

Um ihm jedoch nicht Unrecht zu thun, müssen wir bemerken, daß auch er etwas, das Gründen der verbindenden Macht des Staates und der Staatsgewalt ähnlich sieht, vorbringt. Dieses haben wir nun zu prüfen. In dem §§. 45 und 247 sagt er: „Der Staat ist eine göttliche Ordnung, daher auch die Staatsgewalt, weil sie die nothwendige Bedingung der Erhaltung dieser Ordnung und mit ihr Eins ist." Sie ist von Gott und nicht von den Menschen geschaffen und verabredet. Im §. 250 fügt er hinzu: „Durch ungerechte Kriege, Revolutionen u. dgl. kann ein unrechtmäßiger Herrscher an die Stelle des rechtmäßigen kommen. Die Gewalt, welche jener bekleidet, ist dann an sich immer von Gott, allein er für seine Person hat sie nur durch die Macht der Thatsachen, was keinen Rechtstitel gibt." Durch diese Thatsachen und vorzüglich durch die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der Majorität des Volkes und der Anerkennung von Seite der auswärtigen Mächte geht dieser Besitzstand allmälig (!) in die Rechtsordnung über. Die göttliche Zulassung wird zu einer göttlichen Fügung und die neue Herrschaft zu einer Obrigkeit von Gottes Gnaden. Doch bleiben der Republikaner, der auf den Trümmern des geliebten Freistaates untergeht, der Royalist, der treu bis in den Tod für seinen König sein Herzblut opfert, leuchtende Gestalten, die erhellt von dem Bewußtsein sicherer Pflichterfüllung selbst ihren Gegnern Achtung abnöthigen."

Darnach, so scheint es, hält der Verf. den göttlichen Willen für den Grund der Pflicht aller Menschen für die Erhaltung der Staaten Opfer zu bringen

und den Befehlen der rechtmäßigen und unrechtmäßigen Inhaber der Staatsgewalt sich zu fügen.

Wir wollen mit dem Verfasser nicht darüber streiten, ob Etwas darum Respekt verdient, weil Gott es will, da uns dieses auf die Grundlehren aller Philosophie zurückführen würde und uns hiefür der Raum fehlt. Wir verweisen ihn daher bloß auf die Worte des heil. Augustin: „Non ideo malum est, quia vetatur lege, sed ideo vetatur lege, quia malum est," und nehmen seine Behauptung als richtig an.

Was folgt daraus? Ist jeder Staat und jede Staatsgewalt eine von Gott gewollte Ordnung und dieß der einzige Grund ihrer verbindenden Macht, so ist nicht einzusehen, warum der Verfasser an den preußischen Staat sich gebunden, warum er selbst im Auslande dem Könige von Preußen und seinen Beamten zu gehorchen sich für verpflichtet hält. Soll man daher aus dem göttlichen Willen Rechte und Pflichten deduziren können, so muß er näher bestimmt werden. Dessen Inhalt aus einer positiven Offenbarung zu schöpfen, mochte dem Verf. doch zu sehr türkisch und zu wenig philosophisch erschienen sein, denn er erklärt im §. 7, daß „der Rechtsphilosophie nicht überall (!) eine positiv-theologische Grundlage gegeben zu werden braucht, weil die Rechtsidee und ihr Gebiet doch etwas Selbstständiges ist, auf welchem die Vernunft auf ihre eigene Weise operirt." Daher sucht der Verfasser den göttlichen Willen aus dem Erfolg der Thatsachen, welche Gott geschehen läßt und aus der „Beobachtung der von Gott den Menschen angeborne Eigenschaften und Bedürfnisse" zu ermitteln. Weil aber damit aller Gegensatz zwischen gut und böse, recht und unrecht aufgehoben wird, beruft sich der Verf. auch auf das Gewissen und namentlich auf das Rechtsgefühl.

Das Gewissen und das Rechtsgefühl fällen jedoch nur über die einfachsten Willensverhältnisse unzweifelhafte Entscheidungen und Entscheidungen bloß ethischer Art, denn auch das Rechtsgefühl oder „der Sinn für das Gerechte" bestimmt nur, was gerecht, nicht was Rechtens ist. Diese Entscheidungen zunächst festzustellen, davon denjenigen auszuscheiden, auf welchen die Heiligkeit des (positiven) Rechts und ein großer Theil seines Inhalts beruht und auf deren Grundlage erst die Lösung der komplizirten Fragen der Rechtsphilosophie vorzunehmen, hätte der Herr Verf. sich zur Aufgabe machen sollen. Er hätte sich dann den Widerspruch erspart, den glücklichen Usurpator als einen von Gott gewollten Herrscher hinzustellen und zugleich den für seinen König das Herzblut opfernden Royalisten in sicherer Pflichterfüllung begriffen zu finden. Er wäre ferner durch seine Begründung des Staates und der Staatsgewalt nicht mit noch andern Aussprüchen wie den Folgenden in Widerstreit gerathen. Der Schluß des §. 74 lautet: „Konkreter zusammengefaßt entstehen die Rechtsverhältnisse entweder unmittelbar durch das Gesetz oder durch Vertrag oder durch Verjährung." Im §. 70 nennt der Verf. den Staat ein großes Rechtsverhältniß, in welchem die andern Rechtsverhältnisse auf- und untergehen," und gewiß muß er auch die Verhältnisse der Staatsgewalt Rechtsverhältnisse nennen. Nun können dieselben durch Gesetz und Verjährung nicht entstehen, weil diese Rechtstitel den Staat und die Staatsgewalt voraussetzen, es bleibt daher auch

für den Verf. nur der verhaßte Vertrag als rechtlicher Grund der Staatsverbindung und der Staatsgewalt übrig. Die Einigung des Volkes über eine Regierung erklärt der Verf. selbst für möglich, weil er „so lange ein Volk sich über eine Regierung nicht geeinigt hat, ein völkerrechtliches Rechtssubjekt als vorhanden nicht annehmen kann. Es sprechen für die Vertragstheorie auch die Worte des §. 73: „Alles im Staate geht von den Menschen als Individuen aus und auf sie zurück. Sie sind das, worum sich bewußt oder unbewußt der ganze Rechtsorganismus dreht und wovon dieser sein Gepräge erhält. Von der Anerkennung der Individualität, der Persönlichkeit muß also der Staat und das Recht ausgehen, weil sie nur durch und für den Menschen da sind."

Unmittelbar an diese Worte knüpft der Verf. die Darstellung „des angebornen und unveräußerlichen Urrechts der Persönlichkeit und der in ihm enthaltenen Urrechte der physischen Existenz, der Freiheit und Gleichheit, des Rechts auf Tugend, auf Ehre, auf Wahrhaftigkeit und Treue, auf Religiosität, auf geistige Entwicklung und auf Geselligkeit," Rechte, welche „vom Staate nicht verliehen, sondern durch die sittliche Natur des Menschen gegeben, im Staate nur anzuerkennen und zu schützen sind."

Da der Verfasser mit den Naturrechtslehrern Urrechte der Menschen unabhängig vom Staate als vorhanden annimmt und nur in solchen Verhältnissen Rechtsverhältnisse erblickt, bei welchen gegen den Verpflichteten entweder ein Zwang auf unmittelbare Erfüllung denkbar ist u. s. w., so nimmt er hiemit in seine Lehre all' die falschen Prinzipien des Naturrechts auf, das er so eifrig bekämpft. „Die sittliche Natur des Menschen" erscheint auch ihm als Rechtsquelle, aus welcher sich in nicht mehr willkürlicher Weise nicht bloß die vom Verfasser deduzirten Rechte, sondern auch das Urrecht auf ein „menschenwürdiges" Auskommen als Bedingung der geistigen Entwicklung, das Urrecht auf Nationalität u. a. ableiten lassen. Die Natur des Menschen erscheint auch ihm als Quelle von Rechten, welchen eine entsprechende Verpflichtung aller Menschen und nicht bloß eines bestimmten Staates gegenübersteht, von Rechten, welche das positive Recht nicht aufheben, ja konsequenterweise nicht einmal beschränken kann.

In dem Werke des Herrn Verfassers erscheint diese ganze Lehre von den Urrechten, wie so manches Andere, als fremdartiger Körper, welchen er aufnahm, weil er in angelernten Vorstellungen befangen blieb. Von einer Rechtsphilosophie, welche dem Stande unserer Kultur gemäß den Staat an die Spitze ihrer Untersuchungen stellt, erwartet man zuoberst eine Darstellung dessen, „was des Kaisers ist," was dem Staate zugestanden erscheint, ehe sie an die Darlegung der Rechte der Einzelnen geht. Der Verfasser geht den umgekehrten Weg, um dann fort und fort die willkürlich erscheinenden Beschränkungen der Rechte des Einzelnen registriren zu müssen.

Willkürlich wie all' die Annahmen von sogenannten angebornen Rechten ist auch die Annahme eines Urrechts auf Wahrhaftigkeit und Treue, auf welche der Verfasser seine wohlfeile Begründung der Heiligkeit der Verträge stützt.

Eine besondere Begründung der Heiligkeit oder verbindenden Macht des positiven Rechts und der Bezeichnung ihrer Grenzen suchte Ref. vergebens.

Auf Grundlage anderer und zwar religiöser Prinzipien baut der Verfasser nach dem Vorgange von Stahl die Strafgewalt des Staates auf. Durch das Wollen des Bösen setzt sich der Mensch „mit der sittlichen Weltordnung in Widerspruch. Dieser kann nicht bestehen bleiben, weil sonst die sittliche Weltordnung keine Macht (? keine physische oder keine ethisch-psychische Macht?) und aller Unterschied zwischen dem Guten und Bösen aufgehoben wäre". (? Beruht dieser auf dem Willen des Stärksten, des Mächtigsten oder „Allmächtigen" als solchen?!)

Darum Nothwendigkeit des Seelenschmerzes, der Reue, und des leiblichen Schmerzes, der Strafe. „Die sittliche Weltordnung zerfällt in die irdische und überirdische Welt. Beiden gehört der Mensch als dasselbe sittliche Wesen an, daher in Beiden für ihn hinsichtlich des Guten und Bösen, der Belohnung und Strafe dieselben (! Verfährt die göttliche Gerechtigkeit nach den Gesetzen der weltlichen, oder soll die weltliche Gerechtigkeit nach den katholischen Vorstellungen von der göttlichen Gerechtigkeit verfahren?) Begriffe und Gesetze gelten. Es muß also auch in der irdischen Weltordnung gegen das Böse (!) eine Strafe geben und diese muß dem Staate (nicht der Kirche?!) zustehen, weil er nach der Absicht Gottes die Verwirklichung der sittlichen Ordnung in der irdischen Welt ist und sein soll." Wem wird nicht „vor solcher Gottähnlichkeit bange?!" Nach Aufstellung solcher Prinzipien konnte der Verf. sich nur durch die Wahl zweideutiger Worte oder durch willkürlicher Behauptungen vor der Folgerung retten, daß der Staat jede nachweisbare Sünde zu strafen habe.

Ob „sündhafte Handlungen, die als äußerlich erkennbar unter die irdische Strafgewalt gezogen werden können (dürfen?), auch darunter gezogen werden sollen," dafür weiß der Verf. „keine feste Grenze anzugeben," sondern läßt es „davon abhängen, in wie weit sich bei einem Volke nach der Stufe seiner Kultur, Religion, Sittlichkeit und Recht zu einer Einheit durchdringen." Wäre dieß nicht ein von der Wissenschaft des Strafrechts längst überwundener Standpunkt, so könnte man nur wünschen, alle Juristen wären und blieben schlechte Christen, damit sie uns nicht auf „die Stufe der Kultur bringen, auf welcher Religion und Recht sich zu einer Einheit durchdringen" und Inquisitionsurtheile nach kirchlichen Satzungen gefällt und vollzogen werden.

Der Verf. verwirft die „abstrakte Trennung des Rechts und der Sittlichkeit, verfällt aber mit den ethisirenden Rechtsphilosophen in's andere Extrem und macht alle ethischen Gesetze zu maßgebenden Normen der Staatsgesetzgebung, was nothwendig zur Staatsallmacht und zur ärgsten Tyrannei, zur Tyrannei des Fanatismus führt.

So sehen wir den Verf. von den falschen und widersprechenden Prinzipien der verschiedenen philosophischen Systeme ausgehen und können ihn wohl mit Recht einen Eklektiker nennen. Es wird dieß im Folgenden bestätigt.

Daß der Verfasser die Zurückführung positiver und erdachter Rechtsregeln auf ihre maßgebenden oder diejenigen Gründe, welche die rechtserzeugenden

Willen bei der Rechtsbildung bestimmen *sollen*, nicht in der einseitigen Weise des Naturrechts unternahm, war von einem so vielseitig gebildeten Juristen, wie es der gelehrte Hr. Verfasser ist, zu erwarten. Hiefür spricht er auch im §. 390 den richtigen Grundsatz aus: „Zur Vernünftigkeit eines Gesetzes gehört, daß es gerecht oder sittlich gut, nützlich und in Bezug auf die Mittel der Ausführung passend sei." Um aber diesen Grundsatz durchführen zu können, ist zu wissen nöthig, was gerecht, was sittlich gut ist. „Dieses erkennt man wohl vermöge des Gewissens," wenn man die Aussprüche desselben über die einfachsten Verhältnisse in exakter Weise analysirt.

Diese Arbeit hat aber der Verfasser nicht vorgenommen und daher die Rechtsphilosophie auf kein Wissen von sittlich Guten, sondern nur auf dunkle unklare Gefühle gestellt. Ueberdieß steckt ihm das Naturrecht so sehr in allen Gliedern, daß er den ausgesprochenen Grundsatz auch darum nicht durchweg befolgt. So behandelt er z. B. das Autorrecht in der Weise der Naturrechtslehrer, verneint das Dasein „eines allgemeinen juristischen Gesichtspunktes, kraft dessen der Autor sich das ausschließliche Verlagsrecht vindiziren kann," anerkennt die *Billigkeit* der Gesetze gegen den Nachdruck und beschäftigt sich nicht weiter mit der Frage. Er scheidet ferner einen großen Theil des Proceßrechtes aus der Rechtsphilosophie, weil darüber „Erfahrung und Zweckmäßigkeitsgründe zu entscheiden haben." (Ein sonderbarer Grund für ein Werk über „Naturrecht und *Politik*.") Er zählt ferner die dinglichen Rechte an einer fremden Sache auf, ohne die darüber geltenden Rechtsregeln zu besprechen u. s. w. u. s. w.

Ueber diesen Theil des vorliegenden Buches läßt sich im Allgemeinen sagen, daß es bei weitem nicht alle Rechtsregeln mit Rücksicht auf die zweite der oben aufgezählten Arten von Gründen des Rechts bespricht und auch nicht alle ethischen und sog. politischen Gründe der besprochenen Rechtsregeln darlegt, daß es also keine vollständige Rechtsphilosophie und keine solche ist, welche zu einer gründlichen Kenntniß auch nur einzelner Zweige des Rechts führt. Denn das Recht gründlich kennen, heißt *alle* seine maßgebenden Gründe kennen. Wissenschaftlichen Werth haben nur begründete und zwar allseitig, vollständig und richtig begründete Lehren, nicht aber kühne, wenn auch von Gott anhebende Behauptungen oder dem Gefühle zusagende Pläne.

In der Geschichte der Rechtsphilosophie behandelt der Verf. ausführlich diejenigen Schriftsteller, welche von religiösen Prinzipien ausgehen. Daß er auch hier das Werk des *Superintendenten Thilo* über „die theologisirende Rechts- und Staatslehre," welches gerade diese Prinzipien sehr ausführlich und gründlich bespricht, nicht erwähnt, berechtigt wohl zu der Annahme, daß der Verf. dieses ausgezeichnete Buch nicht gelesen und in dem einzigen Falle des §. 12 es nur nach Hörensagen zitirt hat; denn er hätte sonst in seinem Werke unmöglich von Prinzipien ausgehen können, welche in diesem Buche in so klarer und überzeugender Weise als *falsch* nachgewiesen sind oder er hätte doch die Widerlegung derselben nicht unterlassen können.

Daß der Verf. bei Besprechung des Verhältnisses des Staates zur Kirche die eingehende Abhandlung *Mohl's* über diesen Gegenstand nicht benützte, hat diesem Theile seines Buches nach unserem Erachten wesentlich geschadet. Dr. R.

De inedito iuris Germanici monumento, quod codice scripto bibliothecae civitatis Elbingensis pr. 5. quarto continetur disseruit Dr. Aemilius Julius Hugo Steffenhagen. Regimonti Borussorum. Prostat apud Graefe et Unzer. 1863. 8°. 30 pp.

In den von Deutschen bevölkerten slavischen Ländern gebrach es bekanntlich der Rechtsschreibung an aller Originalität. Die fleißige und häufige schriftstellerische Bearbeitung des Rechtes beschränkte sich darauf, aus den verschiedenen vorhandenen Werken brauchbare Zusammenstellungen, Compilationen anzufertigen. Ein derartiges Sammelwerk auf's Genauste untersucht und seine wahren Quellen nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst der vorliegenden tüchtigen Arbeit Steffenhagen's. Während man das in einer zu Elbing befindlichen, jedenfalls nicht nach 1470 geschriebenen Papierhandschrift enthaltene Rechtsbuch bisher für eine eigenthümliche Form des Rechtsbuches nach Distinctionen angesehen hat (vgl. Homeyer die deutschen Rechtsbücher 34, 35), weist der Verf. unserer Schrift nach, daß jener Codex eine Compilation in sich schließe, deren Hauptquelle das kaiserliche Landrechtsbuch ist. Dieselbe besteht nämlich aus einer Vorrede und 67 Kapiteln. Jene ist mit einigen Einschiebseln zusammengesetzt aus einem Theile des Prooemiums des kaiserlichen Landrechtsbuches und des Rechtsbuches nach Distinctionen, sowie der drei ersten Kapiteln des letzteren. Von den der Vorrede folgenden Kapiteln aber gründen sich bloß die ersten elf, abgesehen von einem aus unbedeutender Quelle genommenen Kapitel über die Gerade (p. 16) auf das Rechtsbuch nach Distinctionen, während die weit zahlreicheren Kapitel 12—67 mit Ausnahme von dreien, dem sog. Schwabenspiegel entnommen sind. Der Inhalt dieser drei Kapitel aber bestimmt sich in der Weise, daß Kap. 49 auf der Magdeburg-Breslauer Rechtsmittheilung von 1261, der für Görlitz von 1304 und auf einer unbekannten Quelle beruht, Kap. 50 eine bereits bekannte Rechtsbelehrung der Magdeburger Schöffen für den Rath von Culm aus dem Jahre 1338 wiedergibt, während das letzte Kapitel aus den Zusätzen zu der Rechtsmittheilung für Breslau und Görlitz, dem kaiserlichen Landrechtsbuche und aus zwei Stellen aus nicht nachweisbaren Werken schöpft. Bekannt waren dem Compilator auch die Decretalen und der Richtsteig Landrechts, ohne daß eine unmittelbare Herübernahme von Rechtsstoff aus diesen Büchern stattgefunden hätte. Wer das Rechtsbuch zusammengeschrieben hat, läßt sich nicht ermitteln. Das Land seiner Entstehung ist unzweifelhaft Preußen, die Zeit aber kann mit Bestimmtheit nur in den Raum vom Jahre 1338 bis zum Jahre 1470 gesetzt werden. S.

Materialien zur siebenbürgischen Rechtsgeschichte. Theilweise in's Deutsche übersetzt und mit erklärenden Noten versehen von Friedrich Schuler von Libloy, o. ö. Professor an der k. k. Rechtsakademie zu Hermannstadt. Hermannstadt 1862. Druck und Verlag von Th. Steinhaußer.

Unter diesem Titel hat der bekannte thätige Verf. ein kleines corpus juris transsilvani zusammengestellt, das aus folgenden vier Bestandtheilen besteht: 1. aus verschiedenen merkwürdigen Municipal-Constitutionen der Siebenbürgen

Seckler und Sachsen; 2. sämmtlichen Regulationsvorschriften, welche für die sächsische Nation in Siebenbürgen in den Jahren 1795, 1797, 1804 und 1805 erlassen worden sind; 3. den wichtigsten Verfassungsgrundgesetzen des Großfürstenthums Siebenbürgen von Altersher bis in die Neuzeit und endlich 4. Landtagsartikeln vom Jahre 1848 nebst einem Anhange, an dessen Ende das königliche Rescript steht, wodurch der siebenbürgische Landtag geschlossen wurde, nachdem die Vereinigung Siebenbürgens mit Ungarn auf Antrag der siebenbürgischen Stände vom Kaiser die Sanction erhalten hatte. Echter historischer Rechtssinn, der nicht jede Entwicklung im Vorhinein ausschließt, und bloßer Sinn für historisches Recht sind himmelweit verschiedene Dinge. In der Pflege jenes Sinnes haben die Sachsen zugleich das Verständniß für die Aufgaben der Gegenwart sich erhalten und geschärft. S.

Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque. Von Alphons Rivier, Dr. d. R., Privat-Doc. a. d. Univ. zu Berlin. 8. Berlin, Jul. Springer. 1863. 135 S. u. 4 Bl.

Daß die juristischen Beziehungen, welche die cautio praedibus praediisque betreffen, noch keineswegs durchgehends aufgeklärt seien, darf wohl als bekannt vorausgesetzt werden. Der Grund davon ist hauptsächlich in der mangelhaften Beschaffenheit des jetzt vorliegenden Quellenmaterials zu suchen; noch in der Periode der klassischen Juristen war die C. p. p. ein praktisches Institut, der späteren Kaiserzeit ist sie bereits fremd, die Justinianischen Rechtsbücher erwähnen sie nicht mehr.

Unser Verfasser, der sich diesen Stand der Sache vollkommen klar gemacht, hat den Versuch unternommen, in der gegenwärtigen Abhandlung die Resultate der bisherigen Untersuchungen über diesen Gegenstand, soweit ihm dieselben als haltbar erschienen, vollständig und systematisch geordnet, darzulegen; er verwahrt sich aber ausdrücklich gegen die Zumuthung, als wollte er seine Arbeit für ein abgeschlossenes Ganzes angesehen wissen. Wann unsere Cautio eigentlich aufgekommen sei, läßt sich wohl nicht genau bestimmen, doch ist sie ohne Zweifel jünger als die Lex Poetilia, welche dem Nexum die Executiv-Wirkung entzog, und die Strenge der alten Personal-Execution milderte (a. u. 441). In der ausgebildeten Gestalt, in welcher wir sie kennen, kommt sie in der ganzen mittleren Zeit nur vor als Caution für solche Verbindlichkeiten, welche dem Staate gegenüber contrahirt worden waren, was Rivier durch die Annahme erklärt, daß die juristische Persönlichkeit des Staates als Subjectes von Vermögensrechten im Verhältniß zu anderen, vor Beginn der Kaiserzeit noch nicht getrennt wurde von seiner Machtvollkommenheit als Staat, weßwegen die Obligation zwischen Aerar und einem Dritten immer als eine publicistische gedacht worden sei, welche, wenn es sich um Sicherstellung handelte, die zunächst durch Bürgschaft zu beschaffen war, einen Bürgen verlangte, dessen Obligation ebenfalls publicistischer Natur war. Solche Bürgen sind eben die praedes; die praedes in unserer Caution freilich in etwas anderer Art als die praedes der ältesten Zeit. Wie der Nexus-Schuldner des alten Rechts per aes et libram,

gleichsam coram populo, sich selbst verurtheilt und seine Person der Gewalt des Gläubigers im Voraus unterwirft, wenn er sein Wort brechen sollte, und sohin pro iudicato ohne Proceß und Sentenz der Manus iniectio verfällt, wenn die Zahlung ausbleibt, so haftet auch der alte praes, der für einen solchen Schuldner einsteht, aber nicht zahlt, wie ein iudicatus ohne daß erst ein Urtheil gegen ihn erwirkt werden muß. Als nun das Nexum durch die Lex Poetilia seine wesentliche Bedeutung verloren hatte, verschwanden auch die praedes aus dem Privatverkehr, und an ihre Stelle traten die sponsores und fidepromissores, welche für den ex stipulatu haftenden Schuldner sich verbürgten, und späterhin die fideiussores, gegen welche, sowie gegen den säumigen Schuldner selbst, nur auf Grund eines im ordentlichen Verfahren erwirkten Urtheils die Execution stattfand. Im Verlaufe der weiteren Rechtsbildung, welche an die Lex Poetilia sich anschloß, verlor die alte Personal-Execution, die durch Manus iniectio eingeleitet wurde, immer mehr ihren strafrechtlichen Charakter und durch die Lex Aebutia (6. Jahrh.) fiel die Manus iniectio gänzlich weg; der Prätor ertheilte gegen den Schuldner, der dem Urtheil nicht Folge leistete, die actio iudicati (cum periculo condemnationis in duplum), und führte weiters directe Execution auf das Vermögen des Condemnirten ein (Missio in bona; bonorum venditio). Alle diese Aenderungen mußten im Wesentlichen auch die dem Staate haftenden Schuldner und ihre praedes berühren. Weil aber nun zunächst nicht mehr die „physische," sondern die „ökonomische" Persönlichkeit in Haftung war, so begnügte sich der römische Staat insbesondere nicht mehr mit dem Personalcredite, auch der Realcredit mußte hinzutreten; die Bürgen mußten (sowie der Hauptschuldner) regelmäßig Grundstücke (praedia) dem Staate ohne Besitzüberweisung verpfänden (Hypothek; subsignare), und so wurde die cautio praedibus praediisque zu einem ständigen Institute, dessen sich Rom in seinem höchst beträchtlichen Geschäftsverkehr namentlich mit den Gesellschaften der publicani bediente. Von der ursprünglichen publicistischen Obligation blieb weiter nichts übrig, als daß dem Staate im Falle der Nichterfüllung der Leistung ein directes Verkaufsrecht zustand, ohne daß er erst eine Klage anzustellen brauchte. Darauf bezieht sich das „praedes vendere," wie es noch in den späteren Quellen vorkommt. Daß darunter nicht ein wirklicher Verkauf des praes zu verstehen sei, etwa wie im Wege der alten Personal-Execution der iudicatus oder nexus „peregre, trans Tiberim" als Sclave verkauft wurde, hat schon J. G. Grävius ad Sueton. Claud. cap. 9. (Suet. ed. Burmann. I. p. 728) erkannt (s. auch Rudorff Röm. R. G. II. §. 93 n. 15). Dieses praedes (et praedia) vendere besteht aber nach Rivier darin, daß der Staat (der nach seiner Ansicht den Hauptschuldner regelmäßig nicht um Bezahlung anging) seine Forderung gegen die praedes verkaufte, und im Zusammenhang damit sein Executionsrecht auf das Vermögen des Schuldners, insbesondere sein (hypothekarisches) Pfandrecht an den Grundstücken auf den Käufer der Forderung übertrug; einen unmittelbaren Verkauf der verpfändeten Grundstücke will Rivier nicht zulassen. Das Verhältniß des Erstehers der Forderung zu den hypothecirten Grundstücken (und dem Vermögen des Bürgen überhaupt) faßt er im Wege der „Vermuthung" (S. 124) so auf, daß eine Frist bestimmt wurde, binnen

welcher der Schuldner den Käufer zu befriedigen hatte, widrigens dieser zur Realisirung seiner Forderung auf das schuldnerische Vermögen greifen konnte, und zwar vielleicht mit der Modification, daß er sich vor Allem an die subsignirten praedia halten mußte. „So" — sagt R. — „gestaltete sich nach und nach das Recht des Käufers an dem Vermögen des venditus ganz so wie das Recht des fiduciarius creditor an der ihm sub pacto fiduciae mancipirten Sache, wie ein fiduciarisches Eigenthum (?) und darnach erscheint ihm auch die usureceptio ex praediatura (Gaius II. 61) als die „Wiedererlangung eines prädiatorisch-rechtlich verfallenen Vermögensstücks von Seiten des früheren Eigenthümers, dem Käufer der Staatsforderung oder dessen Rechtsnachfolger gegenüber" (S. 130). Die usureceptio ex praediatura wird also nach Rivier gleichsam eine Ersitzung der Pfandfreiheit, was mit Gaius Relation (II. 61) nicht gut zusammenstimmt; seine Annahme, daß ein directer Verkauf der Güter durch den Staat nicht stattgefunden habe, und daß das Verhältniß des Forderungskäufers (resp. des Schuldners zu dessen Vermögen dem des creditor (resp. debitor) fiduciarius analog sich gebildet habe (Annahmen, mit welchen er übrigens nicht allein steht), erscheinen keineswegs als erwiesen. Weit näher liegt die Voraussetzung, daß je nach den Umständen bald Verkauf der Forderungen an die Bürgen, bald direct Verkauf der Pfänder stattfand, an den sich obige usureceptio anschloß (vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 40). — Im Einzelnen will ich noch hinzuweisen auf die Darstellung der besonderen Fälle, in welcher die C. p. p. stattfand, womit sich Rivier in den §§. 9—16 befaßt; damit ist §. 31 zu verbinden, wo das Verschwinden dieser Caution aus dem römischen Rechtsverkehr, und ihre Surrogirung durch Fidejussion und Generalhypothek des Fiscus kurz erörtert wird. In der ersten Beziehung verdient der Fall der praedes litis et vindiciarum bei der Legis actio per Sacramentum Erwähnung, ein Fall, den Rivier speciell im §. 10, aber sehr kurz, erwähnt. Diejenigen, welche die alten praedes nur als Bürgen für Verpflichtungen an den Staat gelten lassen, müssen zur Erklärung dieser von dem Besitzer des Streitobjectes dem Gegner für die Proceßdauer zu leistenden Caution einen künstlichen Weg einschlagen. Der Prätor, — so muß man das Verhältniß construiren — als Organ des Staates wälzt durch das vindicias dicere auf den Staat die Verpflichtung, dem Gegner dessen, dem der Prätor die vindiciae (den Besitz) gibt, die Sache cum sua causa zu verschaffen, falls der Besitzer im Proceß unterliegen sollte; der Besitzer haftet dagegen dem Staate dafür, daß ihm eventuell diese Verbindlichkeit keinen Schaden bringe, und dafür stellt der Besitzer dem Staate die praedes l. et vindiciarum. Wie gelangt nun aber der obsiegende Kläger zur Rechtsverfolgung gegen die Bürgen, die nicht ihm, sondern dem Staate gestellt wurden? Um dieß zu vermitteln, erübriget nichts Anderes, als an eine Uebertragung des Rechtes des Staates an den siegenden Kläger durch den Prätor, den Kläger als procurator in rem suam, zu denken oder die Obligation der praedes gegenüber dem Staate so aufzufassen, daß sie diesem verpflichtet sind, an ihn oder an den Kläger die litis aestimatio zu zahlen, wenn der sachfällige Besitzer das Judicat nicht erfüllt (vgl. Römer in der Münchner kritischen

Ueberschau II. S. 372 f. Bachofen Pfandrecht I. S. 221 f. Mommsen Stadtrechte S. 473 f. Muther Sequestration S. 140 f. Rivier §. 7 Anm. 53). Rivier (S. 22) sieht nach dem Vorgang von Heyne und Zimmermann (de not. et. histor. caut. praedibus praediisque Berol. 1857), dem er überhaupt in der gegenwärtigen Abhandlung großentheils folgt, in diesen praedes litis et vind. „Ueberbleibsel von jener allgemeinen Anwendung der praedes des alten Rechts." Das heißt wohl so viel, als: wenn zur Zeit, wo die C. pr. p. bestand, für die restitutio rei c. s. c. vom Beklagten praedibus praediisque cavirt werden mußte, und wenn diese Caution überhaupt nur für „publicistische" Obligationen in Gebrauch stand, so läßt sich ihr Vorkommen in dem angeregten Falle nur als ein vereinzeltes Ueberbleibsel der alten Caution durch praedes erklären, deren Obligation eine „publicistische" Natur hatte. Wäre nun überzeugend dargethan, daß die praedes l. et v. später auch praediis caviren mußten, so erschiene doch die (unbegründete) Hypothese, daß dieß lediglich ein Ueberbleibsel der alten Anwendung der praedes sei, nur als eine Ausflucht, die man ergreift, um der Alternative zu entgehen, die exclusive Beziehung der Cautio p. pr. auf den Staat aufgeben oder den praedes l. et v. eine Cavirung für eine Obligation an den Staat unterschieben zu müssen. Richtig ist es aber m. E., daß zu dem Wesen der alten praedes eine Obligation an den Staat, für welche die Verbürgung geschieht, durchaus nicht gehörte und am Meisten dürfte die Ansicht Dernburgs (Pfandrecht I. S. 28 Note 7 und hdlbg. krit. Z. III S. 81) entsprechen, der zu Folge die praedes solche (wenn auch Privat-) Bürger waren, die sich vor dem Magistrat verbürgten, die sohin bei Nichterfüllung ihrer Verbindlichkeit pro damnatis waren, bis das spätere mildere Schuldrecht diese Wirkung auch hier abschaffte. Nach diesem wäre von der oben berührten Hypothese nur das einzuräumen, daß die mehrerwähnte Caution bei dem Sacramentum in rem noch später ausnahmsweise den alten Namen praedes beibehalten habe, nachdem die praedes bereits aus dem Privatverkehr sich verloren hatten. — Beachtung verdienen noch insbesondere die Ausführungen R. über die Form der Verpflichtung der praedes und die Subsignation der Grundstücke (§. 19), womit die Frage nach dem rechtlichen Verhältnisse in Verbindung steht, in welches der Staat zu den subsignirten praediis tritt. Rivier geht dießfalls in den §. 27 u. f. die verschiedenen hierüber laut gewordenen Meinungen durch, und adoptirt die m. E. richtige Theorie, daß der Staat nur ein Pfandrecht (u. zw. hypotheca) daran erwerbe (also nicht etwa z. B. Eigenthum mit der Verpflichtung der Rückübertragung im Falle der Zahlung, wie dieß bei der mancipatio sub pacto fiduciae geschah); vgl. insb. Rivier §. 30. — Der zweite Theil der Abhandlung schildert die „Verwirklichung der Cautio p. p.", §. 32 ff., deren Hauptpunkte bereits oben zur Sprache kamen; im Besonderen hebe ich daraus noch die §§. 34—36 hervor, welche von den Prädiatoren, dem prädiatorischen Recht und der lex praediatoria handeln und nicht ohne Interesse gelesen werden dürften. Die ganze Abhandlung ist mit gewissenhafter Benützung des vorhandenen Materials, und überhaupt mit anerkennenswerthem Fleiß geschrieben; auch ist darin die klare und ungekünstelte Form der Darstellung so wie die rein objektiv gehaltene Kritik fremder Ansichten zu loben. Nur wäre es erwünscht ge-

wesen, wenn der Vf. einzelne Fragen, und Beziehungen des bearbeiteten Gegenstandes, die genaueres Eingehen verdienen, minder kurz abgethan hätte. Ich schließe mit dem Wunsche, daß der Vf. bald mit einer neuen Abhandlung hervortreten möge.

System des Erbrechts nach heutigem Römischen Recht. Zum akad. Gebrauch. Von Dr. August Tewes, Docent d. röm. Rechts an der k. k. Univ. zu Grätz. Erste Abtheilung. 8. Leipzig. Druck und Verlag von Breitkopf u. Härtel. 1863. X. u. 310 S.

Der Verfasser will den Anfängern ein Lernbuch für die schwierige Materie des Erbrechts in die Hand geben. Dieser Vorsatz ist an und für sich sehr lobenswerth, weil die zahlreichen, zum Theile erst in neuester Zeit erschienenen Werke über diese Materie mehr den Standpunkt des höheren wissenschaftlichen Interesses, als den des Bedürfnisses der Lernenden berücksichtigen, und wenn der Verfasser seine Aufgabe auch nur annähernd gelöst hätte, so würde er sich einen wesentlichen Anspruch auf den Dank nicht blos der Anfänger, sondern auch der Lehrer erworben haben, denen es, abgesehen von dem, was sie aus einem solchen Buche etwa in methodologischer Hinsicht selbst noch lernen mögen, immer erwünscht sein muß, die Zuhörer auf einen brauchbaren Leitfaden für das Selbststudium verweisen zu können. Daß der Vf. nicht „nach dem Ruhme strebte, neue Bahnen zu eröffnen" (Vorr. p. VII), wird Niemand tadeln; man müßte vielmehr seine Aufgabe für gelöst erkennen, wenn es ihm gelungen wäre, das „Vorhandene treu aufzufassen, den gegebenen Stoff möglichst vollständig zu durchdringen, ihn zu sichten und nebst den neuen Ergebnissen eigner Forschung dem Lernenden zu veranschaulichen" (das.) Allein der Vf. hat das nicht geleistet, was er in der Vorrede verspricht, und dieß hat mich insbesondere aus dem Grunde befremdet, da seine in dieser Vierteljahresschrift VI. Bd. S. 219 ff. erschienene Abhandlung über die res litigiosa mindestens die Erwartung einer gewissen Gründlichkeit in der Behandlung civilistischer Fragen erregen durfte. — Bei allen Ausstellungen, die man etwa gegen die bekannten „Vorlesungen" von Göschen „über das gemeine Civilrecht" erheben möchte, glaube ich immerhin, daß sie dem Anfänger noch jetzt weit mehr Nutzen gewähren dürften, als das vorliegende Handbuch unseres Verfassers. Klarheit und Einfachheit der Begriffe und der Diction bei nöthiger Bestimmtheit, ist eines der ersten Erfordernisse eines Buches, wie der Vf. es liefern wollte. Mit diesem Erfordernisse hat er es aber leider nur allzu leicht genommen, und dennoch hat er häufig in eine Breite sich verloren, welche an sich schon bedenklich wäre. Namentlich ist an seiner Darstellung das auszusetzen, daß sie sehr oft abgerissen und in einer Weise unzusammenhängend ist, welche nicht einmal beim mündlichen Vortrage, wo doch manche Ungenauigkeit auf Rechnung des Augenblicks geschrieben wird, ohne Tadel bleiben könnte. Im Systeme hat sich der Verf. mit Grund nicht wesentlich von dem herrschenden entfernt; die Erörterung der in der Theorie des Erbrechts streitigen Fragen beschränkt er ebenfalls mit Recht auf die wichtigsten Controversen, wenn er aber (Vorr. p. VIII) sagt, daß er dabei mehr auf Gründ-

lichkeit, als auf Kürze der Lösung gesehen, so glaube ich dagegen, daß von diesen Erörterungen fast in der Regel das Gegentheil behauptet werden könne. Der Quellen-Apparat, auf dessen Herstellung bei einem Lernbuche der Vf. sehr richtig großes Gewicht legt, ist in der Hauptsache ziemlich genügend, allein in den historischen Theilen des Buches, welche der Vf. trotz seines Planes, das „heutige römische Erbrecht" darzustellen, nicht übergangen hat, fehlt er zum großen Theile. In allen Zweigen des Pandekten-Rechts, und insbesondere im Erbrecht gibt es Materien, welche ohne genaueres Eingehen in das geschichtliche Detail — etwa durch bloßes Verweisen auf die Vorträge oder Handbücher der Institutionen — dem Anfänger nicht völlig verständlich gemacht werden können. Solche Hinweisung genügt schon darum nicht, weil in den Institutionen-Vorträgen des elementaren Standpunktes wegen das rechtsgeschichtliche Detail nicht berücksichtiget werden kann, und dies geschieht auch, wie bekannt, in den meisten Institutionen-Compendien nicht. Im Princip muß man also dem Verf. wohl beistimmen, daß er häufig auf historische Beziehungen eingegangen ist, allein er thut dieß meist in so abstrakter Weise, daß ein bloßes Citat eines Institutionen-Compendiums seinen Andeutungen gleich gesetzt werden könnte. Daraus erklärt sich denn freilich der Ausfall des historischen Quellen-Apparates von selbst. — Die Berücksichtigung der gemeinen deutschen Praxis endlich war durch den Plan des Buches, das System des „heutigen römischen Erbrechts" zu geben, nothwendig bedingt; diese Praxis ist aber weder an allen Punkten berücksichtigt, noch hinlänglich sichergestellt; an Material dafür hätte es wahrlich nicht gefehlt so wie überhaupt eine gründliche Benützung dessen, was die moderne Civilistik auf dem Felde des römischen Erbrechts bereits geleistet hat, ohne irgend welche Eröffnung neuer Bahnen, ein ganz anderes Handbuch für das Selbststudium hätte liefern müssen, als das vorliegende Werk geworden ist. — Es ist nun meine Pflicht, den ausgesprochenen Tadel im Einzelnen zu begründen, und ich will zunächst einige von denjenigen Punkten herausheben, in welchen m. E. die geschichtlichen Andeutungen des Vf. ungenügend sind. Wenn man auch die kurze Abfertigung der „merkwürdigen" usucapio pro herede (§. 1; S. 2 f) hinnehmen möchte, so kann man sich doch mit der in dem umfangreichen §. 3 gegebenen Darstellung des Dualismus im römischen Erbfolge-Recht durchaus nicht zufrieden erklären. Gleich beim Beginn seiner dießfälligen rechtsgeschichtlichen Bemerkungen verweist er den Leser auf die „Rechtsgeschichte" bezüglich der alten Testamentsformen, worüber er dann im §. 22 Einiges beibringt; seine Ansicht über den ursprünglichen Anlaß und Zweck der Bonorum Possessio behält er lediglich für sich, und begnügt sich, unter Anführung einiger Citate aus der neueren Literatur, dem Leser zu sagen, daß diese Frage dunkel sei. Die Lehre von der B. P. wird (S. 23) mit allgemeinen, abstrakten Sätzen skizzirt, welche das Verständniß kaum erheblich fördern dürften: die Andeutungen über die erbrechtlichen Bestimmungen des späteren Civilrechts kehren im §. 9 etwas ausführlicher wieder, und was die Hauptsache gewesen wäre, eine lebendige Darstellung des Ineinandergreifens beider Erbrechtssysteme und ihres allmählichen Verschmelzens in Ein System mangelt ganz; ein bloßes Aneinanderreihen des Heterogenen vertritt die Stelle derselben. Abgesehen von der Unvollkommenheit der historischen Behandlung die-

ser und anderer Materien, begegnet man, wie schon erwähnt, einer Reihe unklarer oder unprägnanter Begriffsbestimmungen und mangelhafter Ausführungen wichtiger Lehren. So wird gleich im Anfange (§. 1) die Frage ganz übergangen, welche Stelle das Erbrecht im römischen Rechtssystem einnimmt, und ob die ihm nach heutiger Auffassung zukommende Stellung damit übereinstimme oder nicht. Was über das Wesen der Universal-Succession und die Theilung der Erbfolge unter Mehrere vorgebracht wird, geht nicht über das in den gewöhnlichen etwas ausführlicheren Lehrbüchern Gebothene hinaus. Wenig eingehend und scharf ist ferner (§. 2) die Lehre von der hereditas iacens behandelt. Sowohl Savigny's Ansicht, daß die Fiction der Persönlichkeit der h. i. für das heutige Recht unpraktisch sei, als auch die modernen Ansichten, welche die Existenz dieser Fiction im römischen Recht gänzlich läugnen, hätten für den Anfänger einiger Aufklärung bedurft. Bei den Andeutungen über die Bonorum Possessio steht der Satz: adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia est (S. 25, 26 a) ohne genügende Erklärung da. Im §. 4 (S. 43) wird der richtige Satz aufgestellt, daß jeder Delat immer zur ganzen Erbschaft berufen ist, und partes solo concursu fiunt, allein die Begründung dieses Satzes sucht man vergebens. Bei der Lehre von den sog. Erbverträgen vermißt man eine genaue Distinction der verschiedenen Arten von Verträgen, welche auf den Todesfall eines der beiden Contrahenten über die Erbschaft oder einen Theil derselben geschlossen werden, und doch wird nur durch solche Distinktion hinlänglich Licht in die ganze Lehre gebracht. Wenn übrigens der Vf. (§ 4. S. 41) sagt, daß die Römer es für „unsittlich und ungiltig" erklären, sich die Erbschaft eines noch lebenden Menschen als künftiges Vermögen zu denken, und es schon bei dessen Lebzeiten zum Gegenstand von Rechtsgeschäften zu machen, und dann (§ 5 S. 48) erklärt, daß bei Verträgen über die künftige Erbschaft noch lebender dritter Personen die Einwilligung dieses Dritten darum erfordert werde, weil es ihnen „unangenehm" sein könnte, wenn so über ihren künftigen Nachlaß contrahirt wird, so reimt sich dieß wohl nicht recht zusammen; die Quellen stützen vielmehr das Verboth darauf, daß ein solcher Vertrag (ohne jene Zustimmung) contra bonos mores streite (Papin. L. 29 § 2 D. de donatt. XXXIX, 5), und der Vf. selbst erinnert schon hier daran, daß die Nichtbefolgung der gesetzlichen Vorschrift Indignität begründe. Ungenügend erscheint weiters die Behandlung des bekannten Satzes: „Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest." Einmal sollte die Entwicklung des hierin liegenden Princips in der Art geschehen, daß nicht blos die simultane, sondern auch die successive Concurrenz beider Delationsgründe sofort bestimmt ausgeschlossen erscheinen (vgl. Tewes S. 220). Wenn ferner dieses Prinzip, wie es sehr häufig und auch von Tewes geschieht so gefaßt wird, daß noch andere Ausnahmen, als die beim testamentum militis zugelassen werden müssen, so sollte auch der Fall der L. 10 §. 9 D. de vulgari et pup. subst. (XXVIII, 6) darunter angeführt werden (vgl. Mühlenbruch XLII S. 25 f.), was nicht geschehen ist. Endlich sind die Gründe, welche (S. 52) für diesen eigenthümlichen Satz aufgestellt werden, durchaus nicht geeignet, in demselben etwas Anderes, als einen rein willkürlichen, eigensinnig festgehaltenen Gedanken erscheinen zu lassen. Als äußerer Grund wird

die Fassung der XII Tafeln angeführt, welche nur von zwei Fällen sprechen: „si intestatus moritur“ und „si testatur moritur,“ weswegen die römischen Juristen sich veranlaßt gesehen hätten, zu denken: tertium non datur. Als inneren Grund gibt der Verfasser an, daß die Römer vor Alters den Satz: „das Testament müsse den Intestaterben regelmäßig ausschließen,“ wie so viele andere Regeln im Privatrecht und Prozeß absolut durchgeführt haben, auch für solche Fälle, wo der innere Grund wegfiel. Durch solche Argumentation wird aber das zu Begründende in der That nicht begründet. Wenn man das von Tewes Gesagte buchstäblich nähme, so müßte man einwenden, daß jener civile Satz selbst nur ein anderer Ausdruck der Regel: nemo pro parte ꝛc., also selbst erst zu motiviren wäre; meint der Verfasser aber, daß Testirende regelmäßig durch das Testament die Intestaterbfolge gänzlich ausschließen, und daß die Römer sohin aus dieser regelmäßigen Erscheinung eine allgemeine unverbrüchliche Norm abstrahirt haben, welche in dem Satze: nemo pro parte ꝛc. ihren Ausdruck erhalten, so behauptet er ohne Zweifel ein ganz willkürliches Verfahren und es bleibt namentlich unerklärt, warum nicht wenigstens dem Willen des Erblassers, welcher in ultimis voluntatibus als lex gilt, überlassen wurde, ausnahmsweise ein anderes Resultat herbeizuführen. In der Lehre von der Fähigkeit der Testamentszeugen wird nicht erklärt, warum Legatare und Fideicommissare Zeugen sein können, obschon auch gegen sie zu sprechen scheint, daß sie testes in propria causa seien (S. 163, 1). Vom mündlichen Testament, quod in scripturam redigitur heißt es S. 174 (§. 26 z. E.): „Jedoch ist eine solche Urkunde über das Testament, nicht das Testament selbst; ihr fehlt die vis testamenti. Ginge z. B. die Beweisurkunde verloren, so würde das Testament in seinem Rechtsbestande (die Erweislichkeit seines Inhaltes vorausgesetzt) nicht gefährdet sein.“ Allein es gilt doch auch vom schriftlichen Testamente, daß zufälliger Untergang, oder Verlust der Testamentsurkunde den Rechtsbestand des Testamentes bei Erweislichkeit seines Inhaltes nicht afficirt und der Unterschied besteht einzig darin, daß hier auch der Zufall bewiesen werden muß, durch den die tabulae testamenti abhanden gekommen (Vgl. u. A. Arndts im Rechtslexicon V. S. 217 f. u. Voet Comment. ad Pandect. ad XXVIII, 4; Nr. 4). — In der Lehre von den Bedingungen (§. 37.) lassen sich mancherlei Lücken nachweisen, die keineswegs unerheblich sind. So wird nicht erwähnt, daß die unmögliche Bedingung, die in der Regel pro non scripta gilt, die Erbeinsetzung zerstört, wenn die Absicht des Testators gerade auf die Verwirklichung des unmöglichen Erfolges gerichtet war (Vgl. Vangerow II §. 434, S. 136); ferner werden nicht alle unzulässigen Bedingungen aufgezählt, so fehlt z. B. die Bedingung, das Domicil nicht zu wechseln; auch werden die Gründe übergangen, aus welchen das Edict die conditio iurisiurandi als Modus behandelt (s. Anm. 21). Rücksichtlich der Grundsätze, welche die Erfüllung der Bedingungen betreffen, wäre insbesondere der Darstellung im §. 38 n. 2, b (S. 235 f.) mehr Distinction und Klarheit zu wünschen gewesen; wie klar und bestimmt ist die betreffende Frage bei Vangerow (S. 141) erledigt! Im §. 38 wird ferner bei n. 5 (S. 238 f.) der wesentliche die Cautio Muciana angehende Punkt nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß die Stellung der Caution juristisch als Erfüllung der Bedingung gilt. Im §. 44 (S. 273) wird der bekannte Satz: „casus noluntatis

involvit casum impotentiae et vice versa" ohne weiters als ein in der Praxis geltender erklärt; einige Andeutungen über die Grenzen dieser Geltung wären für den Anfänger nicht überflüssig gewesen; auch wird derselbe durch die Ausführungen im §. 46 kaum zu der festen Ueberzeugung gelangen, daß die Pupillar-Substitution ursprünglich nichts anderes als eine „modificirte" Vulgarsubstitution gewesen sei. Endlich hätte bei der Frage nach der juristischen Bedeutung einer wechselseitigen Substitution aller Miterben (§. 44, n. 2) zu mehrerer Deutlichkeit, das was S. 276, c steht, schon auf S. 274 angeführt werden sollen, um den Zweifel zu bescheinigen, daß solche wechselseitige Substitution in ihren Wirkungen dem ius accrescendi gleichstehe u. dgl. — Um endlich den früher ausgesprochenen Tadel zu rechtfertigen, daß der Verfasser die Controversen, auf die es doch auch in einem Lernbuche zum Theile ankommt, vielfach nicht in der von ihm (Vorr. p. VIII.) verheißenen Weise behandelt habe, mögen hier noch einige Bemerkungen folgen. Die bekannte Streitfrage, ob mulieres probrosae nach römischem Recht incapaces seien, wird von Tewes (S. 60) gegenüber der L. 41 §. 1. D. de test. militis (XXIX, 1) und Sueton. Domit. cap. 8 gar zu leicht abgethan. Wenn es ferner (S. 83) heißt, daß (von den neueren Juristen) Manche den Brautkindern ein gesetzliches Erbrecht nach dem Vater zuschreiben, so ist die Beschränkung dieser Ansicht auf einige Vertreter ohne Zweifel falsch (s. u. A. Glück Comm. II, §. 116 b. und Holzschuher Theorie und Casuistik II, 1. S. 502); ebenso wie es ganz irrig ist, zu behaupten, daß es „Brautkinder" nach canonischem Rechte gar nicht geben könne, weil solche Kinder damals (zur Zeit, da die in c. 12 X. qui fil. s. legit. IV, 17 enthaltenen Decretale erschien, welche jenes Erbrecht statuirt) eheliche Kinder waren. Diesen Grundsatz hat eben das Concil. Tridentinum modificirt, worauf Verfasser nicht weiter Rücksicht nimmt. Vgl. Prosp. Fagnani Comment. ad Decretal. III. pag. 94 (ed. Venet. 1742) und insbesondere Uehlein im civ. Archiv XIII, S. 121 über die ganze Streitfrage. Bei der Streitfrage über die Succession der Kinder vorverstorbener Geschwister in der zweiten resp. dritten Klasse, falls diese Kinder allein berufen sind (S. 101), wären die Gründe für die Meinung des Azo, welche der R.-A. vom J. 1529 sanctionirt hat, vollständig und deutlicher anzugeben gewesen. Daß die Theilung in capita unter solchen Kindern auch dann stattfinden müsse, wenn sie, ohne Concurrenz von Geschwistern des Erblassers, mit Ascendenten desselben zusammentreffen, wie Tewes behauptet, wird durch bloßen Umstand, daß der citirte Reichsabschied seine Norm nicht ausdrücklich blos für den Fall hinstellt, da solche Kinder allein berufen sind, schwerlich ausreichend begründet erscheinen. Im §. 19 handelt Tewes auf 12 Seiten von der Successio ordinum et graduum, in welcher Lehre bekanntlich mehr als ein Punkt bestritten ist; trotz dieser umfänglichen Behandlung ist die Successio graduum keineswegs gehörig aufgeklärt, und was die im §. 20 versuchte Lösung der hiermit zusammenhängenden Frage betrifft, ob der Moment der Delation oder jener der Acquisition für den anzuwendenden Theilungsmaßstab entscheidend sein, so kann man darüber kaum ein günstigeres Urtheil fällen; man vergleiche mit dieser Ausführung z. B. die im Rechtslex. V. S. 695 von Arndts gegebene Darstellung und man wird wohl einräumen, daß dieselbe trotz ihrer Kürze unsere Frage erschöpfend und weit lichtvoller erledige. Daß der

Beweis über Errichtung und Inhalt eines Testaments auch durch zwei Beweiszeugen erbracht werden könne, ist nicht so ausgemacht, als Tewes S. 161 (§. 24) behauptet. Die Streitfrage, ob eine Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung nicht in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln sei, wird mit Rücksicht auf L. 107 D. de condit. (XXXV, 1) und L. 6 pr. D. quando dies (XXXVI, 2) von Tewes (§. 37, S. 218) doch gar zu oberflächlich abgethan. Die Frage: „an positus in conditione sit in dispositione" beantwortet Tewes (gegen die herrschende Ansicht) nach dem Vorgange bewährter Auctoritäten dahin, daß es in jedem Falle eine quaestio facti sei, ob der Testator den in conditione positus zunächst zur Erbschaft berufen wollte oder nicht (S. 252, §. 41), wobei er natürlich im Zweifel gegen dessen Zulassung entscheidet. Die Hauptstütze seiner Ansicht ist (da nach classischem Recht stets gegen den in c. positus entschieden werden muß) die c. 15 Cod. de her. inst. (VI, 33), wornach: „quibuslibet confecta sententiis, vel quolibet loquendi genere formata institutio valet, si modo per eam liquebit voluntatis intentio." Dieses Gesetz hat aber nur die vordem nothwendigen althergebrachten Wortformen bei der Erbeinsetzung für unwesentlich erklärt, nicht aber eine stillschweigende Berufung für gültig agnoscirt. Tewes selbst hält (§. 36, S. 209) trotz der c. 15 cit. „verba expressa" noch immer „für nöthig." Auch die schwierige „heredis institutio ex re certa" ist (§. 41) nicht in einer für den Anfänger genügenden Weise behandelt; namentlich vermißt man eine Erklärung der c. 13 C. de her. inst. (VI, 24) und die Erörterung (oder doch Skizzirung) der darauf bezüglichen Controversen.

Abhandlungen aus dem Pandektenrecht von Dr. J. W. Schaaf. Erster Band. Zweites Heft. **Ueber die rückwirkende Kraft der Gesetze.** 8. Heidelberg bei Bangel und Schmitt 1860. 2 Bl. u. 302 S. (pag. 215—516).

Der Verfasser macht in der vorliegenden Schrift den Versuch zu beweisen, daß die über den fraglichen Gegenstand herrschend gewordene Lehre sowol nach den Bestimmungen des römischen Rechtes unbegründet als auch an und für sich unhaltbar sei. Die herrschende Doctrin und die Praxis waren nämlich von jeher im Wesentlichen darüber einig, daß „Gesetze nicht zurückwirken." Man hielt und hält noch dafür, daß dieser Grundsatz im Corpus Juris zweifellos ausgesprochen, daß er aber auch aus der wesentlichen Beziehung zwischen den Rechtsverhältnissen und dem objectiven Recht sich ergebe und vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik als der allein richtige erscheine. Endlich ist es wohl zweifellos, daß er in der allgemeinen Rechtsüberzeugung völlig feste Wurzel gefaßt habe. Allerdings sind schon vor dem Verfasser vereinzelte Stimmen gegen die herrschende Meinung, insbesondere gegen die Ableitung des angeregten Principes aus aprioristischen Gründen laut geworden (vgl. Savigny System VIII S. 403, Unger System I §. 20, 9), allein diese Einstreuungen sind ohne Erfolg geblieben, und dasselbe Schicksal wird m. E. den vorliegenden Angriff unseres Verfassers, und mit vollem Recht treffen; ja man müßte an der modernen civilistischen Doctrin nahezu irre werden, wenn es gelingen könnte, durch solchen Angriff der herrschenden Lehre einen auch nur irgend erheblichen Theil ihrer Anhänger zu entziehen.

Der Verfasser schickt seiner eigentlichen Untersuchung eine weder übersichtliche noch prägnante Darstellung der Entwicklung voraus, welche die Doctrin von der Nichtrückwirkung der Gesetze durchgemacht hat (S. 215—342), worin, abgesehen von den erwähnten Mängeln, weit weniger Vollständigkeit des eigentlichen Materials, als eine weder fruchtbare noch erfreuliche Menge quasi-philosophischer Redensarten zu finden ist. In dem allgemeinen Theile der hierauf folgenden Untersuchung macht sich der Verfasser zunächst an den Beweis, daß Gesetze ihrer Natur nach die Bestimmung in sich tragen, zurück zu wirken (§. 342—381). Wir erfahren hier, daß das Recht als wesentlich allgemeiner, vernünftiger Wille außer und über dem Einzelbewußtsein stehe, daß aber das Einzelbewußtsein im allgemeinen Bewußtsein nur sich selbst, nämlich so, wie es wahr und wirklich ist, d. h. zu Vernunft und Recht entwickelt, wieder finde. Deswegen sei der rechtliche Wille wesentlich jedes Einzelnen eigener Wille, und was mit Vernunft und Recht geschieht, geschehe auch mit seinem Willen, so daß das Recht gar nicht nöthig habe, mit den Einzelnen wegen seines Vollzuges erst zu markten, ihre Bewilligung einzuholen oder abzuwarten, bis ihnen der Tod den Mund schließe. Das unumschränkte Einwirken des Rechts auf bestehende Verhältnisse unterliege demnach nicht dem geringsten Anstande (S. 344, 345). Das Rechtsbewußtsein könne ferner, so ferne es sich wahrhaft, d. h. als Denkendes begreift, selbst seine allerbeste Regel nicht für das Ende, den Abschluß der Wahrheit halten, sondern nur als die Wahrheit „für jetzt" ansehen, mit andern Worten: „der Gesetzgeber von jetzt könne nicht wissen, ob nicht rückzuwirken für künftige Gesetze gut sei." Der Gesetzgeber der Zukunft befinde sich aber in einer nicht geringeren Schwierigkeit weil er Dingen seiner Zeit ihren Sinn nicht geben könne, und diese keinen andern geben, als den sie haben; „jede Macht ist das Resultat der Bedingungen ihrer Zeit, die Macht der Zukunft geht also nichts desto weniger ihre Wege, wenn auch der zukünftige Gesetzgeber nicht die Wege der Macht geht." Daraus deducirt der Verfasser, daß der zukünftige Gesetzgeber, wenn dasjenige, was der jetzige ihm über die Erstreckung seiner Gesetze „verrathen will," zufällig für die Zukunft wahr und gut wäre, es ohnehin so halten müßte, um „seiner Zeit mächtig zu sein," daß er aber im entgegengesetzten Falle, wenn er der (unrichtigen) Anweisung des jetzigen Gesetzgebers folgen wollte, „sich der Macht seiner Zeit begäbe." (S. 346 ff. vgl. S. 369). — Allein alle diese Reflexionen können, sofern sie Wahres enthalten, doch höchstens zu dem Resultate führen, daß für die Gesetzgebung in bestimmten Fällen aus Rücksichten des gemeinen Wohles die Nothwendigkeit entstehen könne, die Rückbeziehung eines Gesetzes anzuordnen, welche regelmäßig nicht stattfinden soll, eine Ausnahme von dem Principe, an deren Zulässigkeit wohl noch Niemand gezweifelt hat. Die Argumentation des Verfassers für seine Thesis geht aber nirgends dem für die entgegengesetzte (herrschende) Lehre geführten Hauptbeweis mit Erfolg zu Leibe. Dieser Beweis ist darin enthalten, daß ein Verhältniß zwischen Personen gerade dadurch zum Rechtsverhältnisse wird, daß es — und dieß geschieht sofort mit seinem Entstehen — unter einem bestimmten Rechtssatz (Gesetz) tritt, und dadurch eine bestimmte rechtliche Form und Gestalt erhält, weswegen der Richter, der das Verhältniß nicht erst zu einem rechtlichen zu machen, sondern nur das Recht auszusprechen hat, welches

darin schon vorhanden ist, nicht nach dem etwa später erschienenen, sondern nur nach dem damals bestandenen Gesetze über das Verhältniß erkennen kann (siehe insb. Unger I. S. 114 f); und daraus ergibt sich unter Anderem für die Form des Geschäftes sogleich die Consequenz, daß ein nach dem alten Gesetze in gültiger Form errichtetes Geschäft seine formelle Gültigkeit ungeachtet der Erlassung eines neuen, die fragliche Form abändernden Gesetzes auch dann behält, wenn der Verfügende noch in der Lage gewesen wäre, die Errichtung des Geschäftes in Gemäßheit des neuen Gesetzes zu wiederholen (Unger I. S. 145). Die Gefahr, durch Festhaltung des Principes der Nichtrückwirkung, den neuen Gesetzen das Gebiet ihrer Anwendung ungebührlich zu beschränken, verschwindet, wenn man nur die hier maßgebenden Kategorien, wie: erworbene (concrete) Rechte ꝛc. einerseits und bloße Rechtsfähigkeit, Rechtserwartung ꝛc. andererseits gehörig trennt. Wenn der Verfasser S. 396 mit der Admonition auftritt, „statt von zeitlicher Erstreckung der Gesetze zu handeln, den eigentlichen Gegenstand des Gesetzes gehörig zu präcisiren," weil das wann uns nicht der Frage nach dem was überhebe, mit diesem aber jenes stets vollständig gewußt werde, so darf man ihm wohl die Einwendung machen, daß er mit diesen Anweisungen doch eigentlich im Cirkel herumgehe. — Anlangend das römische Recht, so ist unbestritten für unsere Frage die Hauptstelle c. 7 Cod. de legibus (I, 14): „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit" (Theodos. et Valentinian. ao 440). Was des Verfassers Erörterung dieser Stelle anbelangt, so ist allerdings gewiß, daß die in einem Gesetze oder einem späteren Zusatze zu demselben verordnete Rückbeziehung seines Inhaltes auch dann auf vorangegangene Fälle stattfinden müsse, wenn diese nicht gerade als „praeterita" bezeichnet werden; ferner, daß die Beschränkung der angeordneten Rückanwendung auf „negotia pendentia" sich von selbst verstehe auch wenn diese Beschränkung im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen sein sollte; endlich, daß es für die Zulässigkeit der Zurückbeziehung genüge, wenn der dießfällige Wille des Gesetzgebers aus dem Gesetze selbst, oder aus einer späteren Verordnung mit Bestimmtheit hervorgeht, daß also eine ausdrückliche Verordnung der Rückwirkung nicht eben wesentlich sei (obschon das Wort „nominatim" in der c. 7 h. t. zu solcher Annahme verleiten könnte; siehe auch Unger I. §. 20 N. 37 f.), denn der als wirklich bestimmt erkannte Wille des Gesetzgebers (der eventuell durch Anwendung der gewöhnlichen Auslegungsregeln zu finden ist), muß überall entscheiden; aber: in dubio melior conditio prohibentis! Wenn dagegen der Verf. (S. 407 f.) behauptet, daß die röm. Gesetzgeber, indem sie die Rückwirkung einzelner Gesetze, welche ohne Rückwirkungsgebot erschienen waren, in späteren Gesetzen als etwas Selbstverständliches verlangen, hiermit das Verbot der Rückwirkung, wenn es in der c. 7 cit. überhaupt gelegen gewesen wäre, zurückgenommen hätten, [so ist dies gewiß ohne allen Grund, denn aus jenen Prämissen könnte doch höchstens das gefolgert werden, daß Justinian das nominatim im Sinne von „ausdrücklich" habe abschaffen wollen (wenn überhaupt nominatim in c. 7 cit. diesen Sinn gehabt hätte), und man erwartet auch nach dem, was der Verfasser S. 407 und 408 vorbringt, daß er sich auf diese Fol-

gerung beschränken würde; allein mit einem Male stellt er als Resultat hin, daß „hierin stillschweigende Zurücknahme des Verbots der rückwirkenden Kraft" zu finden sei. — Daß die c. 7 cit. in dem ihr gewöhnlich beigelegten Sinn verstanden werden dürfe, bezweifelt der Verfasser zunächst deshalb, weil die demselben entsprechende Regel durch die (angeblich) große Zahl der im Corpus Juris von ihr statuirten Ausnahmen eigentlich aufgehoben würde; die römische Gesetzgebung, sagt der Verfasser, konnte „etwas, das sie selbst bei jeder Gelegenheit ignorirt oder bei Seite setzt, als Rechtsregel oder rechtliche Wahrheit nicht wohl erachten oder aussprechen" (S. 406). Was die Zahl dieser Ausnahmen anbelangt, behauptet der Verfasser schlechtweg (S. 381), „daß zwar eine ziemliche Anzahl von Gesetzen Erstreckung auf das futurum, eine beiläufig eben so große aber solche auf das praeteritum sich beilegt," den Beweis dafür hat er aber nicht angetreten, und jedenfalls sind auch jene Gesetze nicht außer Acht zu lassen, welche von ihrer „Erstreckung" gar nicht reden, sondern ihre Norm einfach als verbindlich hinstellen. Sähe man aber auch von diesem letzten Punkte ab, und nähme man das von dem Verfasser postulirte Zahlenverhältniß als richtig an, so wäre dennoch der Schluß ganz willkürlich, daß die Gesetzgebung ihren Willen gegenüber dem in der Hauptstelle aufgestellten Grundsatze gerade in der Summe jener Gesetze ausgesprochen habe, welche die eine Hälfte der Totalsumme der nach c. 7 cit. erflossenen Gesetze ausmacht; während der natürlichen Herrschaft dieses Grundsatzes neben jener anderen Hälfte noch die ganze Menge solcher Rechtsverhältnisse verbleibt, worüber die Gesetzgebung seit der c. 7 cit. überhaupt Nichts verfügt hat. — Wie leicht der Verfasser die ganze Sache nimmt, geht insbesondere auch aus Folgendem hervor. Weil eine erhebliche Zahl von Gesetzen ausdrücklich auf die Zukunft „sich Beziehung geben," so zweifelt er, ob die Nichtrückwirkung der Gesetze im römischen Rechte zur Regel erhoben sei, indem sich ja unter dieser Voraussetzung jene Beziehung von selbst verstünde (S. 382). Was für absonderliche Resultate könnte man nicht mit solcher Logik gewinnen? Aber bei diesen Zweifeln an der Existenz des Rückwirkungsverbothes läßt es der Verfasser natürlich nicht bewenden; er will vielmehr geradezu demonstriren, daß die c. 7 cit., welche im justinianischen Recht, wie er selbst zugibt, nirgends aufgehoben erscheint, nicht in dem Sinne aufgefaßt werden dürfe, welchen man ihr insgemein beilegt. Um dies zu demonstriren, hängt er sich insbesondere an das Prooem. der Nov. 19. Dort tadelt Justinian (s. Schaaf S. 408 f.) die Richter, daß sie seine Gesetze über die Legitimation nicht auch rückwärts angewendet hätten, obschon weder in den fraglichen Gesetzen eine Rückziehungsklausel enthalten ist, noch für den Codex als Ganzes Rückziehung vorgeschrieben wurde; und unserem Verfasser zu Folge gibt Justinian als Motiv seines Mißfallens an, daß die Rückziehungsklausel zwar bei einzelnen Constitutionen am Platze sei, in der Constitutionen-Sammlung dagegen als überflüssig erscheine. Der Verfasser nimmt keinen Anstand, diesen Grund für absurd zu erklären, und ganz einfach davon zu abstrahiren, so daß ihm als zweifelloser Wille Justinian's immer noch der Satz übrig bleibt: Gesetze wirken zurück, auch wenn ihre Rückziehung nicht vorgeschrieben ist. Aber eine ausdrückliche Aufhebung eines sonst irgendwo bestehenden Verbotes der Rückwirkung kann der Verfasser weder in der Nov. 19, noch

in einem anderen Gesetze finden, die Nov. 19 verschafft ihm sohin die volle Beruhigung, daß c. 7 cit. kein Rückwirkungsverbot statuire. Freilich drängt sich auch dem Verfasser die Frage auf, wie es zu erklären sei, daß Justinian seinen Tadel in so absonderlicher Weise motivirt habe; allein diese Erklärung macht ihm keine Noth. Die c. 7 cit. ist nämlich, wie Schaaf einräumt, allerdings durch die Fassung, in der sie im Codex steht, sehr geeignet die irrige Meinung zu erzeugen, daß sie die Rückziehung der Gesetze untersage; deßwegen hätten schon die römischen Juristen sich täuschen lassen, und Justinian, dem dieß nicht entgangen, habe lieber einen absolut unpassenden Grund seines Tadels ausgesprochen, als die ungeeignete Fassung der c. 7 cit. eingestanden! — Ich bin absichtlich in diesem Punkt auf das Detail der Ausführung unseres Verfassers eingegangen, denn sie ist eine ausgezeichnete Probe seiner Weise zu argumentiren und mit den Quellen umzugehen. Wäre es nicht am natürlichsten gewesen, daß Justinian, falls er die (angeblich) zweideutige Fassung der c. 7 nicht berühren wollte, ohne alle Angabe von Gründen, lediglich erklärt hätte, sie sei so und so zu verstehen? Wenn man aber sich die Mühe nimmt, das Prooem. der 19. Nov. einzusehen, so erscheint das Motiv, welches der Kaiser seinem Tadel unterlegt, in einem anderen Lichte. Justinian erinnert nämlich daran, daß er in dem ersten Gesetze über den fraglichen Gegenstand die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet habe (verb. „expresse in prima constitutione" etc.; das im J. 529 erlassene Gesetz steht im Codex als c. 10 C. de nat. lib. V, 27, enthält aber diese Clausel nicht); ebenso habe er in dem zweiten diesen Gegenstand betreffenden Gesetze, welches das erste zu ergänzen bestimmt war, die Rückziehung speciell anbefohlen (verb. „similiter quoque hinc secundae" etc.; das im J. 530 erschienene Gesetz ist die c. 11 C. eod., enthält aber die erwähnte Clausel ebenfalls nicht; endlich habe er noch ein drittes Gesetz zur Erledigung dieser Angelegenheit erlassen (Nov. 12, c. 4), darin aber keine Rückwirkung statuirt. Hierauf fährt Justinian fort: „Hinc quidam suspicati sunt, nos aut nullo modo velle, ut quae dictis legibus de liberis ante confectionem dotalium instrumentorum natis continentur, etiam in iis valeant, qui iam ante eas leges nati sunt, praesertim, quum, quantum ad hanc rem, id quod in prima et secunda constitutione positum erat, a nobis in compositione Codicis sublatum sit. Quod absurde suspicati sunt. Id enim merito primae et secundae constitutioni subtraximus, et tertiae non addidimus. Nam in particularibus legibus latis fortasse necesse erat, ut lex in praeteritum referretur, ab universa vero illa coacervacione legum in Codicem, qui a nobis nomen traxit, merito haec resecari iussimus, ne superflua illa multitudo in libris illis scriberetur." Augenscheinlich wollte Justinian nur sagen, daß er die Wiederholung der Rückziehungsklausel bei der Aufnahme des ersten und zweiten Gesetzes in den Codex für überflüssig erachtet habe, indem sie deutlich genug in jedem einzelnen Gesetze bei dessen ursprünglicher Erlassung ausgesprochen worden sei. Dies ist m. E. so klar, daß eine weitere Untersuchung, ob in der Rückziehung der c. 10 und 11 cit. eine Ausnahme von dem Verbote der Rückwirkung der Gesetze liege, hier nicht von Belang sein kann. — Ich kehre zu den Hypothesen unseres Verfassers zurück. Die c. 7 de leg., der er nun auf den Grund sehen will, war nach seiner Meinung ein Rescript (worin Schluß und Ent-

scheidungsgründe voranstanden), welches für einen besonderen Fall die Rückziehung des Gesetzes verbot, und in einer unpassend abstracten Gestalt in den Codex überging; diese ursprüngliche Qualität der c. 7 wird daraus gefolgert, daß kurz vor ihrem Erscheinen andere Gesetzgeber den allgemeinen Ausspruch gethan hatten: „Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt" (c. 3 Cod. Theod. de const. princip. I. 1, siehe c. 65 C. Just. de decur. X, 31), die c. 7 aber auf diesen Ausspruch keinen Bezug nimmt, was (unserem Verfasser zu Folge) gar sehr befremden müßte, wenn die c. 7 ursprünglich eine Lex edictalis gewesen wäre; befremden müßte es nämlich, wenn ein solcher zweifellos in Kraft bestehender Grundsatz ohne Bedürfniß, und als etwas Neues wieder „als Gesetz herausgegeben würde" (S. 411). Hätte der Verfasser das Rechte hiermit getroffen, so entstünde sogleich die Frage, auf welchen besonderen Fall sich unser Rescript (c. 7 cit.) den eigentlich bezogen habe? Er kann sich der Beantwortung dieser Frage natürlich nicht entziehen, allein, obschon er zugeben muß, daß gar manche Fälle dem Rescript unterstellt werden könnten, welches keinen näheren Anhalt zur Bestimmung seines eigenthümlichen Falles liefert, so geräth er doch nicht in Verlegenheit. Weil der Fall zur Anfrage beim Kaiser kam, so darf, sagt der Verfasser (S. 415), angenommen werden, daß derselbe nicht unter ein Gesetz fiel, welches seiner Erstreckung wegen etwas verordnete, noch daß für denselben „hinsichtlich der Anwendung neuer Gesetze überhaupt etwas festgestellt war." Beides trifft, nach der Meinung des Verfassers „z. B." bei neuen Gesetzen zu, sofern das Verhältniß, welches sie betreffen, Gegenstand eines in der Berufungsinstanz anhängigen Rechtsstreites ist. Ueber die Anwendung oder Nichtanwendung des neuen Gesetzes auf einen in appellatorio anhängigen Fall kann aber, wie der Verfasser (S. 416) behauptet, zur Zeit des Erscheinens der c. 7 cit. eine allgemeine Norm nicht bestanden haben, weil „noch bis in die spätere Regierungszeit Justinians hierüber angefragt, und erst von diesem Kaiser die Sache ein für allemal geordnet wurde. (Nov. 115 Praef. c. I.)" Unter der Voraussetzung solcher Anfrage werden nach Schaaff's Annahme, die Kaiser rescribirt haben, daß der höhere Richter nach eben dem Gesetze zu entscheiden habe, welches dem Richter erster Instanz bei Fällung seines Urtheils zur Richtschnur zu dienen hatte, mit andern Worten, daß das neue Gesetz auf diesen Fall nicht zu erstrecken sei. Diese Entscheidung bildet nach des Verfassers Hypothese, den „rechtssprechenden Theil" unseres Rescripts. Wie aber, fragt er (S. 416), wurde in demselben der Zusammenhang zwischen der eben dargelegten Entscheidung und dem in der c. 7 cit. allein noch vorhandenen Satze vermittelt? Gegen die Supposition, daß nach dem eigentlichen Inhalte der c. 7 „neue Gesetze nur für solche gerichtliche Handlungen maßgebend seien, die nach der Verkündung jener erfolgen, nicht auch auf schon ergangene Urtheile Anwendung erleiden — außer, wenn die Erstreckung der neuen Gesetze als solche, überhaupt auf irgendwie noch anhängige Sachen eigens verordnet sei" (S. 416 f.), wendet er ein, daß einer solchen Auffassung eben der Umstand entgegenstehe, daß die Frage, welches Recht der Appellationsrichter zu befolgen habe, in dem Rescript nicht entschieden sein könne, weil sie unter Justinian noch lange zweifelhaft und streitig gewesen (Vgl. S. 424). Hiernach bleibt ihm nur die Annahme übrig (S. 417 f.), daß die rescribirenden

Kaiser in der Schlußstelle ihres Rescriptes „die getroffene Entscheidung mit einem allgemeinen Rechtsgrunde auszustatten gedachten." Statt aber für ihre Entscheidung einen „wirklichen" Entscheidungsgrund zu geben, z. B. „daß der Oberrichter lediglich die relative Rechtsmäßigkeit des Urtheiles des Unterrichters" zu erörtern habe, also nicht das mittlerweile erlassene neue Gesetz anwenden könne, „greifen die Imperatoren an dem Gegenstande der Entscheidung das Merkmal auf, daß er praeteritum ist!" Daß Justinian durch die Aufnahme der c. 7 cit. in seinen Codex sich den Inhalt derselben keineswegs „bewußt und entschieden" angeeignet, darüber hat der Verfasser nicht den geringsten Zweifel. (s. S. 418 f.) Nur auf solche Verhältnisse haben, seiner Meinung zu Folge, neue Gesetze, mögen sie, überflüßiger Weise, die Rückziehungsklausel enthalten oder nicht, keine Anwendung, welche zur Zeit des Erscheinens derselben beendet, d. h. „nicht mehr sind, sei es nun, daß sie vorher in jeder Hinsicht aufhörten, wie z. B. die Forderung durch Zahlung, oder daß sie in andere Verhältnisse, als welche das rückwirkende neue Gesetz betrifft, übergingen, wie z. B. der Usucapionsbesitz im Eigenthum" (S. 420).

Der geneigte Leser wird mir, wie ich glaube, nach diesen Andeutungen die weitere Analyse der Detailspekulationen unseres Verfassers, gerne erlassen.

Prof. Dr. Dworzak.

Die kaufmännische Buchführung und der erste Absatz des Art. 28 des allg. deutschen Handelsgesetzbuches. Von Emanuel Stern. 3. Auflage. Darmstadt 1863.

Gegenstand dieser kleinen Abhandlung ist die Erläuterung des §. 28 des allg. deutschen Handelsgesetzbuches. Demselben lag der §. 29 des preußischen Entwurfes zu Grunde, welcher lautete: „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen zu jeder Zeit seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind." Bei den Berathungen strich man die Worte „zu jeder Zeit" und es wurde sohin der Artikel in folgender Fassung Gesetz: „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind." Der Verfasser warnt nun vor einer unrichtigen Auslegung desselben in dem Sinne, daß man unter der Lage des Vermögens etwa „den reinen Vermögensstand," d. i. den reinen Werth desselben verstehen wollte. Denn dieser sei nicht aus den eigentlichen Handlungsbüchern zu ersehen, deren Bestimmung nur die Buchung der laufenden Geschäfte ist, während die Inventur dazu dient, „um zu einer späteren Zeit, weil es aus den Büchern nicht zu ersehen ist, wissen zu können, um wie viel das Vermögen zu- oder abgenommen habe" (S. 38). Der Verfasser sucht dieß durch eine längere Erörterung über kaufmännische Buchführung, einfache und doppelte Buchhaltung zu zeigen und kommt zu dem Resultate, daß der Sinn des Artikels nach seinem Wortlaute nicht entspreche, daß sich das Wort: „vollständig" nur auf „Handelsgeschäfte," nicht aber auch auf: „Vermögen" beziehe, und daß damit nur Folgendes gesagt werden wollte: „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte vollständig und unter Beihilfe der Inventur auch der Stand seines Vermögens zu ersehen sind" (S. 45). Die bisherige Literatur in und außer Oesterreich ging

über diese von dem Verfasser angeregte Frage hinweg und wie mir scheint mit Recht, wenn sie auch in der Richtung zu wenig that, daß sie den in Rede stehenden Artikel gar nicht interprätirte. Nach unserer Anschauung kann ein erheblicher Zweifel darüber nicht aufkommen, daß das Gesetz unter die Büchern, welche der Kaufmann zu führen verpflichtet ist, auch das Inventar und die Bilanz gehört. Die Aufnahme der Inventur und der Bilanz ist nicht nur bei dem Beginne des Geschäftsbetriebes, sondern auch in bestimmt wiederkehrenden Zeiträumen vorgeschrieben und es ist auch verordnet, daß Inventar und Bilanz aufzubewahren sind (Art. 29 und 30 des H. G. B.); daß es aber hiebei nicht darauf ankommt, ob hiefür ein eigens dazu bestimmtes Buch angelegt wird, oder ob hiezu lose Blätter verwendet werden, zeigt deutlich der Inhalt des Art. 30 des H. G. B. Es kann zugegeben werden, daß das Inventar- und Bilanzbuch nicht unter den Begriff der eigentlichen Handlungsbücher fallen, allein der Verfasser hat übersehen, daß das Gesetz selbst dieß nicht läugnet. Denn im Art. 32 stellt es die Handelsbücher „den übrigen erforderlichen Aufzeichnungen" gegenüber und im Art. 33, wo von der Aufbewahrung der Bücher die Rede ist, unterscheidet es ausdrücklich zwischen „Handelsbüchern" und den „Inventaren und Bilanzen." Aber ein solcher Unterschied ist in dem Art. 28 nicht gemacht worden; dort ist nicht von Handelsbüchern, von Inventaren und Bilanzen die Rede, sondern es wurde an die Spitze des Titels: „von den Handelsbüchern" der Grundsatz gestellt, daß der Kaufmann überhaupt „Bücher" führen müsse, und der Inhalt derselben dadurch gekennzeichnet, daß man verordnete, diese Bücher müssen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens zeigen. Der Wortlaut des Gesetzes gab daher dem Verfasser keinen Anlaß, zu behaupten, daß mit dem Art. 28 des H. G. B. das Inventarienbuch nicht gemeint sein könne (S. 38). Es entfällt mithin auch seine auf einen unrichtigen Wortlaut des Gesetzes basirte Argumentation, wonach eine grammatische Auslegung dieses Artikels im Widerspruche mit dessen Sinne käme. Im Resultate stimmen wir allerdings mit dem Verfasser überein; aus den Handlungsbüchern ersieht man des Kaufmanns Geschäfte, aus dem Inventar und der Bilanz die Lage des Vermögens, und diese Bücher zu führen, ist seine Pflicht; — aber dazu gelangt der Verfasser auf einem nicht zu billigenden Umwege und gewaltsam, während wir dieß aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst deduziren und das Gesetz gegen die Vorwürfe des Verfassers in Schutz nehmen.

Dr. J. Prix.

Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Von Dr. Friedrich v. Hahn, Oberappellationsgerichtsrathe und ordentlichem Professor in Jena, Mitgliede der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. I. Bd., 2. Abtheilung, gr. 8. Braunschweig 1863, bei Vieweg und Sohn.

Mit dieser zweiten Abtheilung (S. 206—518) — die Commentirung des zweiten und dritten Buches des Handelsgesetzbuches enthaltend — ist der I. Bd. des Hahn'schen Commentars geschlossen. Dieser 2. Abtheilung ist nun

auch der eigentliche Titel, eine Vorrede, ein Inhaltsverzeichniß und die Einleitung (S. I—XLVIII) beigegeben.

Wir haben bereits bei der Anzeige der ersten Abtheilung dieser sehr schätzbaren Arbeit nicht nur die Tendenz des Verfassers kurz angedeutet, sondern auch durch Mittheilung einer besonders interessanten Partie aus dem Werke unsern Lesern ein deutliches Bild von der Form und Ausdehnung der Commentirung zu verschaffen gesucht. Der Verfasser ist nicht nur in Anbetracht der Einrichtung gleichmäßig fortgeschritten, sondern er hat sich nun in der Vorrede selbst umständlicher über seine Absicht ausgesprochen. Er hat sich hiernach die gewiß verdienstliche Aufgabe gestellt, eine möglichst allseitige Erklärung der einzelnen Bestimmungen des allg. deutschen Handelsgesetzbuches zu geben und dadurch die Anwendung derselben im Verkehre und im Gerichte zu erleichtern, wobei er sich von folgenden Erwägungen leiten ließ: 1. Die nächste Aufgabe der Interpretation beruhe darin, die in den einzelnen Bestimmungen des Gesetzbuches enthaltenen Rechtssätze nachzuweisen. Diese Aufgabe sei oft keine einfache, denn das Gesetzbuch spräche (und hierin liege nach der heutigen Anschauung über die Redaktion von Gesetzen kein Vorwurf) die Rechtssätze häufig nicht scharf und abstract aus, sondern es versteckt a) dieselben hinter Definitionen oder Citaten, oder b) es formulirt dieselben entweder nur für einen einzelnen Fall und unterläßt es, ihre Voraussetzung genau anzugeben, oder c) es stellt sie in der Gestalt, wie sie bei ihrer praktischen Anwendung sich zeigen, oder in ihren Folgen und Wirkungen dar, verbindet namentlich oft die Bestimmungen über die Beweislast mit den materiellen Bestimmungen zu einem Ganzen, oder d) es spreche einen Rechtssatz nicht an einem Orte in einer Bestimmung aus, sondern es ergebe sich derselbe erst aus der Zusammenstellung mehrerer an verschiedenen Orten stehenden Bestimmungen. — Um so nothwendiger erscheine es, die Rechtssätze abstrakt und ihrem wahren Umfange nach darzustellen und somit das Gebiet, auf welchem die einzelnen Bestimmungen zur direkten und analogen Anwendung kommen, genau zu umgrenzen. Hiebei sei namentlich auch auf diejenigen Bestimmungen zu achten, welche nur durch Citirung anderer angedeutet sind. Bei denjenigen Bestimmungen, welche keine dem Privatrechte angehörenden Rechtssätze enthalten (und es fänden sich in dem Gesetzbuche deren manche), sei der polizeiliche und reglementäre Charakter derselben hervorzuheben. — 2. Von wie großem Interesse es an sich sei, der Entstehung aller einzelnen Artikel nachzugehen und alle über dieselben gepflogenen Verhandlungen genau zu verfolgen, so könne doch in einer Arbeit, welche die Interpretation der als Gesetz verkündeten Bestimmungen zum Zwecke habe, auf die Entstehungsgeschichte derselben nur so weit eingegangen werden, als deren Kenntniß zur Erklärung der gesetzlichen Bestimmungen erforderlich ist. Daher wurden zwar bei jedem Artikel des Gesetzes die Artikel des preußischen Entwurfes und der Entwürfe erster und zweiter Lesung, aus welchen jener hervorgangen oder an deren Stelle er getreten ist, und ferner die Stellen der Protokolle, an welchen über dieselben verhandelt ist, citirt, so daß mit Hilfe dieser Angaben die Geschichte jedes Artikels leicht verfolgt werden könne; in dem Texte des Commentars aber sei nur bei einzelnen Artikeln auf deren Vorgeschichte eingegangen worden. — 3. Seien diejenigen in den einzelnen Lehren

in Betracht kommenden wichtigeren Punkte, über welche das Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, sogenannte offene Fragen hervorzuheben. Ob eine Entscheidung derselben zu geben sei oder nicht, hänge von dem Ermessen über ihre Wichtigkeit ab. Diese Arbeit falle zum Theile mit der unter Nr. 1 erwähnten zusammen, zum Theile sei sie eine selbstständige. — 4. Sei es vom Interesse, die legislatorischen Gründe, welche zur Aufstellung der wichtigeren Rechtssätze, namentlich soweit diese von dem bisherigen Rechte abweichen, sowie zur Offenlassung von Fragen bestimmt haben, aufzusuchen und darzustellen. — 5. Die Uebersicht über das Gesetzbuch werde erleichtert durch Zusammenstellung von Bestimmungen, welche unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt fallen. — 6. Bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen mache oft die Frage nach der Beweislast Schwierigkeiten; es sei daher, wo die Regelung derselben von besonderem Interesse erscheine, auch hierauf das Augenmerk zu richten. — 7. Erscheine für das Verständniß der Bestimmungen oft eine Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse des Verkehres, sowie eine Erläuterung durch Beispiele und die Angabe der hauptsächlichsten Fälle der Anwendung von Wichtigkeit und 8. können mit der Erläuterung der Artikel, wo es von besonderem Nutzen erscheine, Andeutungen zum zweckmäßigen Verfahren bei dem Abschlusse von Rechtsgeschäften passend verbunden werden.

Wir glaubten diese vom Verfasser ausgesprochenen Ansichten hervorheben zu sollen, weil sie uns zu erkennen geben, warum er das Gelieferte eben so und nicht anders dargestellt hat; wir fühlen uns vor der Hand hier weder zu einer Kritik der in dem neuen Handelsgesetzbuche hervorgetretenen Codification dieses Theils des Rechts, noch zu einer umständlichen Besprechung der Anschauung veranlaßt, von der der Verfasser bei seiner Commentirung ausgeht, nur das müssen wir bemerken, daß man auf dem hier eingeschlagenen Wege gerade jene Form der Bearbeitung des Rechtes verfolgt, welche man sonst in Deutschland so gern und so häufig gerade den österreichischen Juristen zur Last gelegt hat. Namentlich scheint uns die vom Verfasser (S. VI.) berührte Vorgeschichte, und das Verhältniß der im Gesetzbuche aufgenommenen Bestimmungen zu den frühern allgemeinen und particulären Normen für das Handelsrecht in Deutschland viel zu wenig gewürdiget und wir können in dieser Beziehung nur die bereits in den Schletter'schen Jahrbüchern (IX. Bd., 3. Heft, S. 212) angedeutete Ansicht theilen. Der Verfasser nimmt aber nicht nur auf den früheren Bestand und die ältere Literatur des Handelsrechtes in Deutschland fast keinen Bedacht, für seine Darstellung, resp. Commentirung, existirt auch noch keine Literatur des neuen Handelsrechtes *). Wenn nun auch unter dem, was bereits seit dem Erscheinen des Gesetzbuches darüber in übermäßiger Eile gedruckt wurde, viel Spreu sich befindet, so liegen doch auch schon gediegenere Leistungen vor und wir sind überzeugt, daß der Verfasser in der Beachtung derselben mancherlei Anlaß gefunden hätte, seine eigene Commentirung noch befruchtender zu gestalten, als sie in der jetzigen Gestalt bereits erscheint; wir nennen außer den einzelnen Abhandlungen in den verschiedenen Journalen nur die größeren Arbeiten von Thöls, Gad, Auer-

*) Nur S. 278 findet man Krämel einmal citirt und berichtiget.

bach u. A. Wahrscheinlich aber hat sich der Verfasser die Benützung der Literatur für die zweite Auflage verspart, um jetzt die Gleichförmigkeit nicht mehr zu stören, und darum wollen wir keinen Vorwurf, sondern nur für den gewiß nahe bevorstehenden Fall — einen Wunsch ausgesprochen haben, womit wir dann im Interesse der Oekonomie in der Ausstattung den weitern verbinden, daß die gar vielen leeren Räume möglichst vermieden werden möchten. Manche Seite enthält jetzt außer den Art. und einigen Citaten — gar nichts.

Schließlich müssen wir aber auch berichten, daß der Verfasser in der dieser Abtheilung beigegebenen Einleitung (S. XIII—XLVIII) die Entstehungsgeschichte des neuen Handelsgesetzbuches unter folgenden Gesichtspunkten liefert: §. 1. Die Verhandlung in der Bundesversammlung, §. 2. Zusammentritt der Konferenz, §. 3. Der österreichische und der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches, §. 4. Die erste Lesung der drei (vier) ersten Bücher, §. 5. Die zweite Lesung derselben, §. 6. Erste und zweite Lesung des Seerechtes, §. 7. Beschlüsse über die dritte Lesung, §. 8. Die Noten von Oesterreich, Preußen und Baiern, §. 9. Die dritte Lesung der vier ersten Bücher, §. 10. Der Ausschluß der Bestimmungen über das Versicherungsrecht und über die Flußschifffahrt, §. 11. Ausschluß der Bestimmungen über das Konkursverfahren, §. 12. Ausschluß der Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit in Handelssachen, §. 13. Beschlüsse der Bundesversammlung, §. 14. Verzeichniß der Kommissäre, welche an der Berathung des Handelsgesetzbuches Theil genommen haben, §. 15. Die Protokolle der Kommission, und §. 16 Bedeutung der Protokolle für die Interpretation des Gesetzbuches. — Sind dieß auch lauter bekannte Daten und Vorgänge; so ist ihre kurze Zusammenstellung hier doch gewiß einem jeden Leser sehr willkommen. Auf des Verfassers Ansicht über den Werth der Protokolle für die Interpretation wurde schon in unserer ersten Anzeige hingewiesen. H.

Die Grundentlastung in Deutschland. Von Albert Judeich, königl. sächs. Kreissteuerrathe zu Dresden. Leipzig, F. A. Brockhaus. 1863.

Die Grundentlastung ist so wie für die Güterwelt, so auch für privatrechtliche Verhältnisse von so wichtigen Folgen, daß sie in der Volkswirthschaft und im Rechtsgebiete unter die einflußreichsten Thatsachen gerechnet werden muß. Befreiung des Grund und Bodens von den die beste Benützung desselben hemmenden Lasten ist zugleich ein großer Gewinn für die bürgerliche Freiheit, die bei einer verständigen Pflege ihrer Interessen zugleich auch das Wohl des Ganzen fördert. Es kann daher auch die Aufgabe, die sich der Verfasser des vorliegenden Werkes gestellt hat, nicht anders als beifällig aufgenommen werden.

In Lösung dieser Aufgabe zeigt sich der Autor als ein fleißiger, von der Idee der socialen Entwickelung geleiteter Literat, der die Hauptpunkte, auf die es hierbei ankommt, mit aller Sorgfalt zusammenstellt und eine Arbeit liefert, aus der man den in der Sache bereits errichteten Standpunkt leicht ersehen, hier und dort auch Beweggründe zur Nachahmung der geschilderten Zustände entnehmen kann. Und da diese Zusammenstellung der in Deutschland erschienenen Entlastungsvorschriften nach den Quellen selbst bearbeitet ist, so trägt sie auch die erforder-

liche Beglaubigung in sich, und kann mit Zuversicht in vorkommenden, einschlägigen Anfragen und Untersuchungen benützt werden.

Das Werk behandelt die Staaten Deutschlands, jeden abgesondert für sich, in der hier besprochenen Beziehung; es gibt aber zugleich (in der Einleitung) diejenigen Punkte, in welchen die Specialgesetzgebungen der deutschen Staaten fast ganz übereinstimmen, und in dem Schlußworte die aus der gelieferten Uebersicht erlangten Wahrnehmungen an. Unter den letzteren steht die Bemerkung, daß zur Zeit die Grundentlastung nur in Oesterreich, Baiern und Sachsen in der Art fast vollständig durchgeführt sei, daß jedes beschränkte Grundeigenthum in volles und freies Eigenthum verwandelt werden kann; daß alle dinglichen Lasten aufgehoben oder wenigstens für ablösbar erklärt sind, und daß die blos ablösbaren Lasten, mit Ausnahme der festen Geldgefälle, bis zu einem bestimmten Termine abgelöst werden müssen, widrigens sie ohne Entschädigung erlöschen (S. 230). Dagegen ist in den beiden Großherzogthümern Mecklenburg für die Befreiung des Grund und Bodens von persönlichen und dinglichen Lasten, so wie für die Abschaffung der aus der vormaligen Leibeigenschaft verbliebenen Leistungen noch am wenigsten geschehen. Das Staatsgrundgesetz vom Jahre 1849 erklärte zwar alle auf dem Grund und Boden haftenden Leistungen für ablösbar, allein dieses Grundgesetz wurde nach einem Bestande kurzer Dauer (1850) außer Wirksamkeit gesetzt und die alte landesfürstliche Verfassung vom Jahre 1755 wieder hergestellt (S. 127 bis 130).

Es versteht sich von selbst, daß auf 14 Druckbogen, aus welchen diese literarische Gabe besteht, nicht alle die Vorschriften aufgenommen werden konnten, welche in allen Ländern Deutschlands über die Grundentlastung und über die Regulirung der grundherrlich-bauerlichen Verhältnisse erlassen worden sind; es war dieß auch nicht in der Absicht des Verfassers. Uebergangsbestimmungen, die Art der Voranschlagung der Grundlasten zu Gelde und mehrere andere Normalien sind unberücksichtigt geblieben, weil deren Aufnahme die Darstellung zu einem großen Umfange gebracht haben würde, und selbst in dieser Ausdehnung die in Grundentlastungs-Angelegenheiten fungirenden Beamten der Pflicht nicht enthoben haben würde, die dießfälligen Specialvorschriften ihres Staates aufzusuchen und der Amtirung zum Grunde zu legen. Dafür sind die höheren politisch-administrativen und zum Theile auch die historisch-statistischen Interessen, so wie überhaupt die leitenden Grundsätze hervorgehoben.

Der Schauplatz, auf dessen Wirthschaften und Wirthe sich die hier zusammengestellten Grundentlastungsvorschriften beziehen, ist zwar nur der fünfzehnte Theil von Europa; allein derselbe wird rücksichtlich der eben besprochenen Metamorphose durch den Umstand anziehend, daß sein Flächenraum in verhältnißmäßig viele Staaten getheilt ist, deren jeder hierin in eigener Weise vorgeht, was dann natürlich zu ungleichen Resultaten führen mußte. Es ist das Land, wo das biedere deutsche Volk zu Hause ist, das seine freie Zeit und seine freie Kraft gut zu verwerthen weiß, und dessen Fleiß sich auf Kinder und Kindeskinder forterbt. Und doch kam diesem Volke die Abschaffung der aus der Leibeigenschaft oder Gutsunterthänigkeit verbliebenen Leistungen und Fesseln ihrem größten Theile nach erst im Laufe des gegenwärtigen Jahrhunderts zu.

Im Allgemeinen begann die Verbesserung der grundunterthänigen Verhältnisse mit der Aufhebung verschiedenartiger, aus der Leibeigenschaft herrührenden persönlichen Verflichtungen; die Befreiung des Grund und Bodens von den eigentlichen Reallasten kam erst mit dem Beginne des laufenden Jahrhunderts, und ist zum großen Theile noch in der Durchführung begriffen. Am ergiebigsten für die Grundentlastung war das Jahr 1848, unter dessen Bewegungen und Tendenzen die Freimachung des Grund und Bodens von den aus dem Lehns- und Grundherrlichkeitsverbande entstandenen bauerlichen Lasten obenanstanden. Die bezüglichen Landesgesetze führen die Abgaben und Leistungen, deren Aufhebung angeordnet wird, einzeln und namentlich auf, mit der Unterscheidung, welche derselben ohne und welche gegen Entschädigung aufgehoben werden. Eine wesentliche Differenz in den dießfälligen gesetzlichen Bestimmungen besteht darin, daß die einen die Ablösung der Grundlasten zur Pflicht machen, die anderen hingegen dieß dem Uebereinkommen der Betheiligten überlassen, ohne dafür einen Termin festzustellen. In diesem letzteren Falle wird die Freimachung des Grundes offenbar in ungewisse Ferne hinausgesetzt.

In der Darstellung der in Oesterreich in Grundentlastungssachen bereits erzielten Erfolge, womit die Reihe der dießfälligen Monographien der deutschen Staaten eröffnet wird, haben wir mit großer Befriedigung das Urtheil gelesen, welches der Verfasser über die vom Kaiser Joseph II. eingeleitete Grundentlastung fällt — es charakterisirt ihn als einen Richter des reinsten Wassers. Wir können hierzu nur noch bemerken, daß es großentheils das in der wohlwollendsten Absicht des Kaisers gegebene Urbarialpatent vom 10. Februar 1789 war, weßhalb gegen die von diesem Herrscher eingeführte neue Grundsteuerverfassung von Seite der Grundherrschaften Klagen geführt wurden, welche die Folge hatten, daß die Grundsteuerreform und die Urbarialregulirung beseitigt wurden. Erst 29 Jahre nach dem Tode jenes Kaisers wurden die Josephinischen Grundsteueroperate wieder hervorgesucht und eingeführt, und erst nach 58 Jahren die Grundentlastung und Regulirung der bauerlichen Verhältnisse vorgenommen.

Von den zu Oesterreich gehörigen Anmerkungen, die mehr oder weniger mit dem Gegenstande der Darstellung im Zusammenhange stehen, haben einige gegenwärtig nur eine geschichtliche Bedeutung. So ist die Benennung „Königreich Illyrien" nach der neuen politischen Eintheilung der Monarchie in Kronländer nicht mehr gebräuchlich (S. 14, Anmerkung 3); die in dem Gemeindegesetze vom 24. April 1859, §. 13 vorkommende Bestimmung, daß der vormals herrschaftliche Grundbesitz von der Verpflichtung, einem Grundverbande anzugehören, befreit sei (Seite 17, Anmerkung 2), ist in dem Gesetze über die Regelung des Gemeindewesens vom 5. März 1862 nicht aufgenommen worden, weil es bei dem Umstande, daß ein solcher Grundbesitz in einigen Kronländern sehr ausgedehnte Komplexe, in anderen minder bedeutende Liegenschaften bildet, zweckmäßiger erschien, die Entscheidung hierüber der Mitwirkung der Landtage vorzubehalten, so daß erst ein Landesgesetz zu bestimmen hat, ob und unter welchen Bedingungen der Großgrundbesitz von dem Verbande einer Ortsgemeinde geschieden behandelt werden darf. — Zu der Seite 15, Zeile 1 gemachten Anmerkung, daß jedes der angeführten 11 Kronländer seinen eigenen Landtag habe, dürfte

der Zusatz nicht gleichgiltig sein, daß im deutschen Küstenlande zwei abgesonderte Landtage (einer für die gefürstete Grafschaft Görz und Gradiska, einer für die Markgrafschaft Istrien) bestehen und selbst die reichsunmittelbare Stadt Triest sammt ihrem Gebiete für sich durch ihr Municipium vertreten wird.

Im Ganzen ist das vorliegende Werk auf Grund einer fleißigen Durchsicht und gewissenhaften Auswahl der Grundentlastungsvorschriften der deutschen Staaten so inhaltreich und doch so kurz abgefaßt, daß ein Auszug aus demselben nicht befriedigen könnte. Es mögen deshalb hier nur nachstehende Betrachtungen noch angeschlossen werden.

In Preußen hat es die Regierung vorgezogen, die Grundentlastung im Wege freiwilliger Ablösungen zu erreichen, als dieselbe zur Pflicht zu machen (Edikt vom 14. September 1811). Die Verfassungs-Urkunde vom 31. Jänner 1850 garantirte zwar (Art. 42) die unbeschränkte Verfügung über das Grundeigenthum und die Ablösbarkeit der Reallasten, und in Folge des Gesetzes v. 2. März 1850 wurden viele auf dem guts- und gerichtsherrlichen Verhältnisse beruhenden Berechtigungen, namentlich die aus der Patrimonialgerichtsbarkeit fließenden Exemtionen und Abgaben, ohne Entschädigung beseitigt; allein rücksichtlich der eigentlichen Reallasten blieb es bei der Regel, daß dieselben gegen Entschädigung erst auf Antrag des Berechtigten oder Verpflichteten abgelöst werden können.

Das Königreich Sachsen ging in der Entlastung des Grund und Bodens mit großer Umsicht und Energie vor; sein Ablösungs- und Gemeinheitstheilungsgesetz v. 17. März 1832 zeichnet sich in Bezug auf Grundsätze und Verfahrungsweise, die es aufstellt, vortheilhaft aus.

Einen wichtigen Theil der die Durchführung der Grundentlastung betreffenden Anordnungen und Einführungen machen diejenigen aus, welche die Erleichterung und Förderung dieser Angelegenheit zum Zwecke haben. Dieselben bestehen überhaupt darin, daß eine von der Staatsverwaltung besonders errichtete oder dazu designirte, mit den nöthigen Mitteln versehene Anstalt (Ablösungskasse, Rentenbank, Entlastungsfondskasse) dem Berechtigten das Entschädigungskapital oder dem Verpflichteten das Ablösungs- (Loskaufs-) Kapital verschafft. Im ersten Falle tritt der Berechtigte seine Entschädigungsansprüche an die Anstalt ab und erhält von dieser verzinsliche Schuldverschreibungen (Rentenscheine, Ablösungsschuldbriefe, Grundentlastungs-Obligationen) nach der Höhe jener Ansprüche, so daß nun die Anstalt gegen den Verpflichteten an die Stelle des Berechtigten tritt und die Geldrente so lange von ihm bezieht, als zur Verzinsung und Amortisirung des Schuldscheines erforderlich ist. In Baiern und in Hessen ist hierzu die Staatsschuldentilgungskasse bestimmt worden. In Oesterreich wurden in den Kronländern besondere Grundentlastungsfonds gebildet, in Preußen 7 Provinzialrentbanken. In Sachsen-Weimar hat die da bestehende Privatbank die Verpflichtung übernommen, dem Grundbesitzer das erforderliche Ablösungskapital gegen pupillarmäßige Sicherheit, Verzinsung und theilweisen Rückzahlung darzuleihen.

Hofr. Springer.

Le Télégraphe dans ses relations avec la jurisprudence civile et commerciale par Filippo Serafini, prof. de droit à l'univ. roy. de Paris. Traduit et annoté par Laville de Lameillère, Employé à L'administration des Lignes télégraphiques. Paris 1863.

Während der elektrische Telegraf nahezu bereits den ganzen Erdball umspannt, und seine leitenden Drähte theils über unsern Häuptern, theils auf dem Meeresgrunde dahinziehen, während die Zahl der durch denselben vermittelten Depeschen von Jahr zu Jahr in unglaublichem Maße steigt*), hat die Gesetzgebung, abgesehen von einigen reglementären Bestimmungen, diesem neuen Verkehrsmittel noch fast gar keine Aufmerksamkeit zugewendet. Auch in der Literatur finden sich außer einigen wenigen gelegentlichen Andeutungen über die durch den Gebrauch des Telegrafen erzeugten Rechtsverhältnisse, nur mehrere mitunter allerdings sehr schätzbare Beiträge zum Telegrafenrechte in juridischen Zeitschriften; das vorliegende Werk ist, so viel uns bekannt wurde, das einzige, welches diesen interessanten Gegenstand in eben so eingehender als umfassender Weise behandelt. Der Telegraf hat nach der Ansicht des Verfassers eine unverkennbare Aehnlichkeit mit der Brief-Post, nur daß diese den Originalbrief des Absenders an den Adressaten befördert, die dem Letzteren zugestellte telegrafische Depesche dagegen blos das Ergebniß der Entzifferung der durch den elektrischen Apparat mitgetheilten Zeichen ist, welche den Inhalt der aufgegebenen Depesche wiedergeben sollen. Die außerordentliche Schnelligkeit der Mittheilung läßt aber die eben hierdurch herbeigeführten Gefahren in den Hintergrund treten, und wo es eben auf rasches Einschreiten ankömmt, das neue Verkehrsmittel als besonders wichtig erscheinen. Serafini erläutert dies an einigen aus dem Leben gegriffenen Beispielen (p. 16 ff.). Von hervorleuchtender Bedeutung ist die Frage der Abschließung von Verträgen durch Vermittlung des Telegrafen, namentlich bezüglich des Ortes und der Zeit des Vertragsabschlusses. Hierüber gehen bekanntlich, selbst in so ferne es sich um den gewöhnlichen Verkehr durch Briefe oder Boten handelt, die Meinungen der Schriftsteller auseinander. Der Verfasser des vorliegenden Werkes schließt sich der Ansicht Scheurl's an, nach welcher der Vertrag unter Abwesenden durch den ersten Schritt zur Uebermittlung der einwilligenden Erklärung des Adressaten in den Anirag des Offerenten zu Stande kömmt, und behandelt dann weiter die Wirkungen des Zeitverlaufes, des Widerrufs, des Todes des Offerenten und des Eintretens der Dispositionsunfähigkeit desselben auf die Giltigkeit des Vertrages. Wir glauben auf diese Punkte hier nicht näher eingehen zu sollen, da sie nichts dem Telegra-

*) Im Jahre 1860 wurden in Oesterreich 115.249 Staats-, und 471.216 Privatdepeschen befördert. Die Zahl der eingelangten internationalen Depeschen war 84.123, und jene der Transitodepeschen 42.754, wodurch sich eine Gesammtzahl von 113.342 Depeschen ergibt. In demselben Jahre wurden in Frankreich 711.652, in England 1,787.257, in Preußen 384.263 Depeschen befördert. Die Gesammtzahl der in Oesterreich beförderten Depeschen stieg im Jahre 1861 auf 846.753, und im Jahre 1862 auf 1,127.504.

fenverkehre Eigenthümliches darbieten, wollen aber anerkennend hervorheben, daß die Ausführungen Serafini's ein gründliches Studium des römischen Rechtes und eine große Vertrautheit mit der civilistischen Literatur, insbesondere auch Deutschlands, beurkunden. Was die rechtliche Natur des Telegrammes und die Beweiskraft desselben anbelangt, so sieht der Verfasser darin nicht mehr als einen schriftlichen Bericht (relazione) von Seite des Telegrafenbeamten der Ankunftsstation über eine ihm von dem Telegrafisten der Aufgabsstation (oder einer Mittelstation) zugegangene Mittheilung, im Wege der Entzifferung der Zeichen, welche der elektrische Apparat hervorgebracht hat; es ist ein einfaches (nicht beschworenes) schriftliches Zeugniß, — kein Originaldokument, keine öffentliche Urkunde, kein den Notariatsbeurkundungen gleichzustellendes Instrument. Die Folge hiervon ist, daß derjenige, der durch den Telegrafen ein Geschäft vermitteln will, nur für den Inhalt der von ihm aufgegebenen Originaldepesche verantwortlich ist, nicht aber für die Irrthümer und Abweichungen, die sich etwa in das Telegramm eingeschlichen haben. Leidet der Adressat dadurch einen Schaden, so hat er ihn in der Regel selbst zu tragen, und kann sich dießfalls nicht an den Absender halten — (die Frage, in wie fern er von dem Telegrafenbeamten oder von der Telegrafenverwaltung Ersatz begehren könne, wird weiter unten berührt); hiervon sollen jedoch zwei Ausnahmen stattfinden, wenn nämlich der Absender die Gefahr der unrichtigen (oder verspäteten) Telegrafirung ausdrücklich oder stillschweigend übernommen, und wenn er den Irrthum durch seine eigene Handlungsweise (z. B. durch seine unleserliche Schrift) verschuldet hat.

Weiters kömmt die Frage in Betrachtung zu ziehen, welcher Natur der Vertrag sei, den der Aufgeber einer Depesche mit dem Telegrafisten, beziehungsweise mit der Telegrafenverwaltung, abschließt? Man erblickte darin bald ein Mandat, bald eine Dienstmiethe, bald einen Lohnvertrag, und glaubte den Telegrafisten bald als einen Bevollmächtigten, bald als einen Dolmetsch, einen Boten, oder einen Mäkler betrachten zu müssen. Der Verfasser ist der Ansicht, daß die Leistung der Telegrafenverwaltung am ehesten mit jener eines Frachtführers zu vergleichen sei und meint, daß die in Ansehung der Letzteren geltenden Bestimmungen, wie man sie bereits auf die Eisenbahnen, die Dampfschifffahrt und die Briefpost ausgedehnt hat, auch auf den Telegrafenverkehr anzuwenden seien (S. 68). Dieser Aufstellung gemäß kommt er dann auch zu dem Resultate, daß die Telegrafenverwaltung, welche mit dem Absender einen Vertrag über die gewissenhafte Beförderung der von ihm aufgegebenen Depesche abschließt, ein Haftungsanspruch genommen werden kann, wenn durch die von ihr aufgestellten Beamten, sei es durch unrichtige Angaben im Telegramme, sei es durch eine verschuldete Verspätung in der Ankunft der Depesche, ein Schade herbeigeführt worden ist, daß der Beweis eines solchen Verschuldens nicht von Seite der verletzten Partei hergestellt zu werden braucht, sondern daß vielmehr die Telegrafenverwaltung ihre Schuldlosigkeit darthun muß, wenn sie die in Frage stehende Ersatzpflicht von sich abwenden will, und daß dieselbe sie auch dann trifft, wenn der Fehler nicht auf ihrer eigenen, sondern auf einer fremden Telegrafenlinie vorkam, mittelst welcher die Beförderung der Depesche geschehen mußte. Diese Auffassung läuft bekanntlich den in den meisten Telegrafenreglements enthaltenen Bestimmungen

zufolge welcher die Telegrafenverwaltungen für die richtige Ueberkunft der Depeschen, oder deren Ueberkunft und Zustellung innerhalb bestimmter Frist keinerlei Garantie leisten, schnurstracks entgegen. Allein mit Recht wird hier die Frage aufgeworfen, welche Stellung der Richter solchen Reglements gegenüber einzunehmen und ob er diese letzteren als Gesetz anzuerkennen habe, eine Frage, welche von Serafini, sowie von andern angesehenen Juristen (Reyscher, Mittermaier, Zachariä, Pardeßus, Dalloz, Troplong u. a. m.) schlechterdings verneint wird. Ebenso wenig stichhältig ist die Theorie, daß Jeder, der eine Verkehrsanstalt benützt, sich stillschweigend den veröffentlichten Bestimmungen des betreffenden Reglements unterwirft und auf diese Art ein Vertragsverhältniß eingeht, in welchem die oberwähnte Haftung ausgeschloßen erscheint. Der Bürger — sagt Mittermaier in seinem Aufsatze über Telegrafenrecht im Archiv f. civil. Praxis (Bd. 46, S. 41) — welcher mit dem Telegrafenamte einen Vertrag abschließt, ist befugt, sich nur an die in den Landesgesetzen anerkannten Rechtsgrundsätze zu halten und es ist ganz willkürlich, wenn man dabei die rechtliche Fiction aufstellt, daß der Vertragschließende die von dem Gesetze abweichende Beschränkung im Reglement bei seinem Vertrage habe anerkennen wollen. Mit Recht ist daher in England und Amerika, ebenso wie in Frankreich anerkannt, daß die von Fuhrleuten, von Eisenbahngesellschaften in ihren Reglements aufgestellten Beschränkungen der Garantie, wenn sie den Gesetzen widersprechen, die Contrahenten nicht verpflichten. Die Telegrafenverwaltung, wenn sie auch in einer gewissen Beziehung als Staatsanstalt erscheint, und der Staat als ordnende und aufsehende Behörde durch Verordnungen und Verabredung mit andern Staaten den Telegrafendienst regeln kann, schließt mit denjenigen, welche sich des Mittels bedienen, einen nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilenden Vertrag ab. Der Staat legt sich das Recht bei, ausschließend Telegrafenanstalten anzulegen. Privatgesellschaften zur Anlegung von Telegrafen werden nicht zugegeben; man darf daher wohl mit Recht behaupten, daß der Staat, welcher die Concurrenz von Seite der Privatpersonen ausschließt, Unrecht thun würde, wenn er durch Beschränkungen der Garantie für diejenigen, die sich des Telegrafen bedienen wollen, den Bürgern das Gebrauchsrecht einer Anstalt verkümmern wollte, welche für den allgemeinen Verkehr höchst wichtig ist, und zwar dieß um so mehr, als die Ablehnung jeder Haftung in unmittelbarstem Widerspruche mit zwei anerkannten Rechtsgrundsätzen steht: a) daß kein Vertrag von der Haftung wegen des durch dolus oder grobe culpa verursachten Schadens befreien kann und b) daß der Staat für den durch seine Beamten schuldbarer Weise verursachten Schaden zu haften hat. Wir können dießfalls dem Verfasser nur unbedingt beipflichten, wenn er (S. 114) verlangt, daß die Bestimmung, welche die Telegrafenverwaltung jeder Haftung für die richtige Beförderung der Depeschen entbindet, von Grund aus beseitiget werde, da sie, selbst wenn man sie vom juristischen Standpunkte aus gelten lassen wollte, allen Principien der Gerechtigkeit und Billigkeit zuwiderlaufen, dem Handel abträglich sein und die öffentliche Moral verletzen würde; das finanzielle Interesse, welchem die angefochtenen Bestimmungeu ihre Entstehung verdanken, muß eben auf andere Weise gewahrt werden, wie durch sorgfältige Auswahl bei der Anstellung von Telegrafenbeamten, durch strenge Instruktion bezüglich der Tele-

grafirung, durch die Verpflichtung des Telegrafisten am Ankunftsorte, bei jedem ihm aufstoßenden Bedenken zurück zu telegrafiren, um sich über den wahren Sinn des Telegrammes anzufragen u. dgl. — Bis aber eine solche Aenderung in den Telegrafenreglements herbeigeführt sein wird, ertheilt Serafini Jedem, der sich des Telegrafen bedienen will, folgende zweckentsprechende Rathschläge: 1. wenn es sich darum handelt, eine Zahlung oder eine andere wichtige Maßregel anzuordnen, so lasse der Verfasser seine Unterschrift auf dem Originale der Depesche legalisiren: 2. im Falle eines Zweifels möge der Empfänger des Telegrammes den Inhalt desselben rücktelegrafiren; 3. bei Ziffernangaben werde die Summe in Theile zerlegt und wiederholt angegeben (z. B. 1000 und 999 + 1); 4. endlich suche man Worte, welche zweideutig sind oder leicht mit andern verwechselt werden können, zu vermeiden.

Der geneigte Leser wird hieraus ersehen, welch' einen beachtenswerthen Beitrag Serafini durch seine Schrift zur Entwicklung des Telegrafenrechtes geliefert hat. Die von dem französischen Bearbeiter beigegebenen Noten beziehen sich hauptsächlich auf die in Frankreich bezüglich des Telegrafenverkehrs stattfindenden Anordnungen und enthalten insbesondere einige sehr interessante Entscheidungen hoher französischer Gerichtshöfe, so wie des französischen Staatsrathes über die einschlägigen Materien. Wir glauben die Aufmerksamkeit des Publikums auf die vorliegende Schrift um so mehr hinlenken zu sollen, als nur durch solche wissenschaftliche Bearbeitungen der Legislative ein entsprechendes Materiale zur künftigen Regelung der aus dem Telegrafenverkehre hervorgehenden Rechtsverhältnisse geliefert werden kann. Dr. M. v. Stubenrauch.

Kunst und Wissenschaft und ihre Rechte im Staate. Von Karl Richter. Berlin 1863.

Es ist wahrhaftig Schade, daß der Vorschlag des Herrn Verlegers Voigt in Weimar noch nicht allgemeine Annahme und Verwirklichung gefunden hat, den Zeitungs-Redaktionen mit den Erscheinungen seines Verlags ein „auf die Schrift eingehendes aber kurzes Raisonnement" mitzuschicken, welches dieselben einfach in ihrem Blatte abzudrucken hätten, und damit „aller und jeder Mühe, selbst erst für eine Besprechung sorgen zu müssen, enthoben" wären. Wäre dieser „Vorschlag zur Güte" z. B. bei der vorliegenden Schrift zur Ausführung gekommen, so wäre dem Verleger und Verfasser derselben die Unannehmlichkeit einer ungünstigen Besprechung, dem Herausgeber dieser Zeitschrift die Unannehmlichkeit, eine solche aufzunehmen, und dem Referenten eine höchst unerquickliche Lektüre und Arbeit erspart geblieben. Denn bei aller Geneigtheit, der im Vorworte ausgesprochenen Bitte des Verfassers zu willfahren, „man möge den ersten größern schriftstellerischen Versuch nicht allzustrenge beurtheilen", eine Bitte, mit deren Bescheidenheit übrigens der zuversichtliche und absprechende Ton der Schrift selbst im Widerspruche steht, — kann man es doch nur bedauern, daß der Verfasser sich veranlaßt fand, dieses Konglomerat von Einfällen, welche am Ende im Kreise von Bekannten bei einem Glase Bier oder Wein ihre Berechtigung und ihren Effekt haben mochten — (der Verfasser erklärt selbst im Vorworte, daß seine Schrift

aus solchen mündlichen Besprechungen hervorgegangen sei) — der Oeffentlichkeit zu übergeben.

Die Schrift beginnt mit einer Einleitung, die jedenfalls als solche nicht zu kurz ausgefallen ist, da sie ein volles Drittel des ganzen Buches, nämlich 73 Seiten, einnimmt. Tantae molis erat, die Leser auf den Standpunkt zu erheben, von welchem aus sie die Theorie des Verfassers aufzufassen und zu würdigen vermöchten. Diese Einleitung behandelt: Kunst und Wissenschaft und ihre berechtigte Stellung im Staate (S. 6—23) und im Völkerrechte (S. 23—28); dann die Geschichte des geistigen Eigenthums (S. 28—36) und der Gesetzgebung des geistigen Eigenthums (S. 36—66), endlich die Gegenwart (S. 66—72), um in einem Schlußworte den Uebergang zu dem eigentlichen Thema „Kunst- und Wissenschaft und ihre Gesetzgebung in der Gegenwart" (S. 74 bis Ende) zu finden. Man könnte hiernach vielleicht glauben, in dieser Einleitung etwa tiefe geschichtliche Forschungen und neue Aufschlüsse über unsern Gegenstand zu finden; allein nicht im geringsten. Im Gegentheile begegnen wir einer Geschichts-Auffassung und Darstellung, die in ihrer naiven Sicherheit und Zwangslosigkeit mitunter geradezu an „Karlchen Mießnik" im „Kladderadatsch" erinnert. Daß gegenüber einer solchen Behandlung des Gegenstandes die Kritik eine eben so schwere als unerquickliche Aufgabe hat, nämlich die, aus der Hülle von Gemeinplätzen den Kern, wenn ein solcher da ist, erst herauszuschälen, um ihn prüfen zu können, wird Niemand verkennen. Demungeachtet wollen wir uns derselben unterziehen, um zugleich unser bereits ausgesprochenes ungünstiges Urtheil zu rechtfertigen.

Schon im Vorworte erklärt es der Verfasser als die Eigenthümlichkeit seines Standpunktes, wodurch er auch dem Gegenstande eine neue Seite abgewonnen zu haben glaube, daß er von der Pflicht des „glücklich begabten Geistes" ausgehe und daraus sein Recht und das Recht seines Werkes deduzire. Fassen wir nun einmal diesen Standpunkt überhaupt klar in's Auge, so müssen wir vor Allem bemerken, daß aus dem bloßen Vorhandensein einer Pflicht sich noch keineswegs ein bestimmtes, konkretes Recht für den Betreffenden deduziren läßt. So ist es unzweifelhaft eine Pflicht, wohlthätig zu sein; kann man aber daraus etwa das Recht ableiten, welche Sachen immer zu nehmen, um sie einem Hilfsbedürftigen zu geben? Es wird also immer erst vom Inhalte einer bestimmten Pflicht abhängen, ob sie sich dazu eignet, daraus ein konkretes Recht abzuleiten, wenn dieses eben, wie hier, doch etwas anders sein soll, als die bloße Befugniß, dasjenige zu thun, was die Pflicht gebietet. Der Satz: zur Pflicht muß es auch ein Recht geben, — genügt offenbar nicht, um für denjenigen, dem man die Pflicht des geistigen Schaffens beimißt, auch schon das sogenannte Autorrecht an seinen Werken zu begründen.

Welches ist also der Inhalt der Pflicht, aus der der Verfasser dieses Recht ableiten will? Es ist die Pflicht des Erwerbes. Heute, sagt der Verfasser S. 5, ist „das Gesetz, daß Jeder die Pflicht hat, zu erwerben, das Mächtigste und alles Bestimmende. Aus der Pflicht des Erwerbes, welche eine gleiche für alle Glieder des Staates ist, folgt das Recht zum Erwerbe, und das Recht findet seinen Schutz im Gesetze." Das wird nun auf die geistige Arbeit und den Er-

werb durch dieselbe angewendet. — Allein wenn man auch die Pflicht des Arbeitens oder Schaffens (im weitesten Sinne des Wortes) als eine allgemeine hinstellen mag, die des Erwerbes läßt sich doch gewiß nicht als eine allgemeine bezeichnen. Oder sollte Rothschild wirklich pflichtwidrig handeln, wenn er heute aufhören würde zu erwerben? Sollte es überhaupt pflichtwidrig sein, wenn Jemand, der ein hinreichendes Vermögen ererbt hat, beschlösse, seine Thätigkeit ganz uneigennützig dem Gemeinwohle zu widmen? Sollten wir wirklich schon dahin gekommen sein, daß es für das Treiben nach Erwerb gar kein Endziel, keinen Ruhepunkt mehr geben darf?

So ist es nun auch von Seite des Verfassers wohl nicht gemeint, sondern das, worauf er eigentlich damit hinaus will, ist nichts anderes, als daß es heutzutage zu den unerläßlichen Bedingungen der geistlichen Produktion überhaupt gehört, derselben einen entsprechenden Erwerb zu sichern, was eben am besten durch die Gewährung des sogenannten Autorrechtes geschieht. Dieser Gedanke ist aber doch wahrhaftig kein neuer, sondern schon längst in den mannigfaltigsten Variationen ausgesprochen und verwerthet, so daß wir in den angezogenen allgemeinen Sätzen nur ein neues Mäntelchen sehen können, welches ihm der Verfasser umwerfen wollte, welches aber leider nicht paßt. Es gilt also auch von dieser Darstellung der schon oft wiederholte Ausspruch, daß das Wahre daran nicht neu, und das Neue nicht wahr ist.

Von diesem Standpunkte nun betrachtet der Verfasser „Kunst und Wissenschaft und ihre berechtigte Stellung im Staate", und zwar zunächst „Recht und Pflicht des Staates" (S. 7—17), und dann „Recht und Pflicht der Künstler und Schriftsteller" (S. 17—22). Als die erste Pflicht des Staates erklärt der Verfasser, daß er sich einen spezifisch-nationalen Charakter gebe. „Ein Staat erfüllt seine Mission nur dann," „eine Nation hat ihrem Berufe nur dann Genüge gethan," wenn der Staat den Stempel der Nation scharf in sich ausprägt. Dieß wird er aber „nur durch die Erziehung seines Volkes, nur durch die Bildung seiner Nation erreichen". — Nun, die Griechen haben es bekanntlich nie zu einem nationalen Staate, sondern nur zu einem sehr losen Agglomerate von Städte-Republiken gebracht; sollten sie wirklich deshalb ihren Beruf verfehlt haben? Und China, wo man das Volk durch Jahrtausende von jeder Berührung mit Fremden zu bewahren wußte, und den National-Charakter gewissermaßen zur Versteinerung brachte, müßte dann wohl der nationale Musterstaat sein? Auch scheint es, daß die Nationalität ja doch von selbst im Leben des Volkes hervortrete, und erst daraus in ihrer Eigenthümlichkeit erkannt werde; sie wird also natürlich auch in der Staats-Entwickelung und in der Volks-Erziehung sich geltend machen. Es kann daher kaum die erste Aufgabe des Staates sein, daß er das Volk durch Erziehung gewissermaßen mit Nationalität imprägnire; und es dürfte solche „gemachte" Nationalität eben so widerwärtig sein, wie die künstlich erzeugte Weinblume oder erkünstelte Naivetät.

„Die alten Völker," heißt es weiter, „vor allen die Griechen und Römer, haben die Bedeutung einer nationalen Erziehung und volksthümlichen Entwickelung durch eine Alles überwiegende Pflege ihrer nationalen Künste und der Wis-

senschaft am deutlichsten erkannt." — Daß bei den Römern die Pflege der Kunst und Wissenschaft Alles überwogen habe, und daß diese überdieß eine nationale war, ist jedenfalls neu. Bisher wußte man nur, daß die Römer in Kunst und Wissenschaft (mit Ausnahme der Jurisprudenz) so ziemlich Alles von den Griechen entlehnten und sich auch keineswegs so überwiegend damit beschäftigten. Jedenfalls scheint auch der Verfasser nicht zu glauben, daß die Römer durch die Aufnahme griechischer Bildung der „Mission" ihres Staates untreu geworden sind. Die Größe dieser Völker beruht übrigens nach dem Verfasser auf der Gleichförmigkeit ihrer nationalen Erziehung und des dadurch begründeten gleichen Gedankenkreises, während die heutige Begriffsverwirrung „eben in dem Mangel einer gleichmäßigen Erziehung, in der fast furchtbaren Verschiedenheit der Bildung der Menschen und Völker" ihren Grund habe. Was nun die Richtigkeit der Anschauungen und Begriffe im Allgemeinen betrifft, so dürfte unsere Zeit getrost den Vergleich mit dem Alterthume aushalten; übrigens sollen die Vortheile einer gleichmäßigeren Bildung der Staatsbürger nicht verkannt werden. Der Verfasser übersieht aber, daß die Möglichkeit derselben im Alterthume auf der Natur des Städte-Staats und auf dem Institute der Sklaverei beruhte, wornach sich das Volk auf eine Anzahl Bürger reduzirte, und diese sich allerdings gleichmäßig einer freieren Lebensentwickelung hingeben konnten. Im modernen Staate, der die Bürgerqualität jedem Staatsgenossen zuerkennt und seine Bürger nach Millionen zählt, muß die durch unsere wirthschaftlichen Zustände bedingte Verschiedenheit des Berufes, die Ungleichheit der individuellen Anlagen und Erfolge nothwendig eine größere Ungleichmäßigkeit der Bildung und bürgerlichen Stellung hervorrufen, die gegenüber der gänzlichen Rechtlosigkeit einer ganzen Klasse von Menschen im Alterthume doch immer noch das kleinere Uebel sein wird.

Diese Aufgabe der Volkserziehung beschränkt sich aber nach dem Verfasser nicht blos auf das Jugendalter, sondern erstreckt sich auch auf die Erwachsenen; nur gibt sie dem Staate nicht etwa ein Recht „zu einer Bevormundung, zu einem Zwange der Entwickelung und Bildung", sondern nur zur Pflege der Kunst und Wissenschaft, zur Sorge für Jene, die sie üben. Nach diesen überraschend neuen und tiefen Gedanken wird der Satz: „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei," — als eine Errungenschaft des modernen Staates hingestellt, und aus diesem Anlasse über Reaktion und Kirche, die fortwährend dagegen ankämpfen, ein furchtbares Strafgericht gehalten (S. 11). Namentlich kommt das Christenthum schlecht dabei weg; es hat alle klassische Kultur zerstört, und die Welt in die Barbarei zurückgeschleudert. „Gegen jede Geistes-Entwickelung eiferte die Kirche und strebte, jede Erinnerung an die unvergängliche Frische des griechischen Geistes zu vernichten, und zerbrach jede klassische Bildung, so wie sie später die Lebensdauer heimischer Poesie bei den Germanen zum Absterben zu bringen bemüht war." Weil uns aber die Geschichte doch erzählt von fleißigen Mönchen, welche in ihren Klöstern die Schätze der klassischen Literatur bewahrten und vervielfältigten, und so die Kultur der alten Zeit in die neue herüber retteten; weil sie uns erzählt von kunstsinnigen Päpsten, unter deren Patronanz Raphael's und Michel Angelo's Meisterwerke entstanden, so scheint der Verfasser sein Anathema nur auf die erste Zeit des Christenthums zu beziehen, indem er vom Mittelalter

selbst sagt, daß damals „alle Kunst und Wissenschaft in die Klöster und Kirchen geflüchtet war", ein Zugeständniß, welches er freilich sogleich dahin berichtigt, daß „man sie vielmehr hinein trieb, um sie ganz zu seinen Zwecken auszunutzen." Und die „nicht in Abrede zu stellenden Verdienste der Kirche um die Wissenschaft" blieben doch immer antinational!

Mit welcher Gedankenlosigkeit der Verfasser dieses Schlagwort der Nationalität handhabt, davon gibt folgender Satz, der sich gleichfalls in der eben erwähnten Expektoration findet, Zeugniß: „daß sich die antike Kunst und Wissenschaft so lange erhielten, das dankten sie der großen Widerstandskraft, welche einer nationalen Kunst und einer volksthümlichen Wissenschaft innewohnte." Also, daß die Werke der Kunst und Wissenschaft, welche längst untergegangenen Völkern entstammen, nach Jahrhunderten bei andern Völkern noch fortleben als Gemeingut, das sollen sie nicht etwa ihrem allgemein menschlichen Werthe, sondern vielmehr ihrer spezifisch-nationalen Eigenthümlichkeit verdanken! — Der Verfasser hält es offenbar mit der Politik der Engländer; auch er steift sich nicht auf Logik oder Konsequenz. So sollte man z. B. meinen, daß er wenigstens den Protestantismus nicht als Feind von Kunst und Wissenschaft ansehe. Sagt er doch selbst: „Kaum war dieser Bann (des antinationalen Kirchenthums) durch die Reformation gebrochen, so treten alle Erscheinungen hervor, die in dem Wesen jeder Wissenschaft und Kunst liegen, und entfalten sich im Fluge zur höchsten Entwickelung (mehr schwungvoll gedacht, als geschichtlich wahr). Die Wissenschaft wird frei und wird national, die Kunst streift ihre Fesseln ab und tritt mit (soll wohl heißen mitten) unter das Volk." — Es ist mithin offenbar Alles auf bestem Wege; und trotzdem sagt der Verfasser 6 Zeilen weiter: „In jeder Kirchenherrschaft liegt der Keim der Tyrannei, liegt der nothwendige Trieb zur Unterjochung des ganzen Menschen, mit seinem Thun und Denken.... Nicht die katholische Kirche allein folgte diesem Gesetze — alle waren ihm trotz der Anfänge im Lichte der Freiheit und Aufklärung gefolgt: Judenthum, Mahomedanismus und Protestantismus" (sollte das Judenthum nicht etwa vorausgegangen sein?). — Also auch mit dem Protestantismus kann Kunst und Wissenschaft nicht bestehen, sondern nur mit dem Aufschwunge, der energischen Entwickelung des nationalen Lebens (S. 13)!

Der Verfasser begnügt sich aber nicht mit dieser theoretischen Hinweisung auf die Nothwendigkeit nationalen Aufschwungs, sondern tritt sofort als praktischer Apostel der einzig wahren Kirche des Nationalvereins auf, indem er sagt: „Und vorzüglich das deutsche Volk mag den Weg betreten, um in sich selbst mehr zu werden, als es ist, und in seinem Nationalitätsgefühle sich selbst mehr zu schätzen, als es bis jetzt gethan; dann erst wird das deutsche Volk jenen nur ihm unbegreiflichen Gedanken einer nationalen Einigkeit nicht in das Gebiet der Unmöglichkeit verweisen und ruhig einer Verwirklichung entgegenstreben, ohne welche Verwirklichung es sicher einst in Atome zerstieben und nichts zurücklassen wird, als die Klagen Jener, die es geliebt und gekannt haben." — Nach dieser elegischen, und für das deutsche Volk so wenig schmeichelhaften Wendung — (denn während von Römern und Griechen so viel Unsterbliches auf die Nachwelt kam, soll vom deutschen Volke nichts zurückbleiben, als Staub und Asche, wenn es sich

nicht sofort in den Rettungshafen des Nationalvereins flüchtet), — nach dieser Wendung dürfte mancher Leser bereits fragen, wohin gerathen wir aber mit unserm Thema? Doch diese Frage bringt unsern Verfasser nicht in Verlegenheit; er will uns hiermit nur in großen Zügen die hohe Bedeutung von Kunst und Wissenschaft für die Entwicklung der Staaten und Völker gezeigt haben, um nun zu sagen: revenons à nos moutons! Kunst und Wissenschaft ist ein Staatsinteresse; daher Recht und Pflicht des Staates sie zu fördern. Die Staatswirksamkeit läßt sich hierbei auf 2 Punkte zurückführen. „Es ist die Pflege der geistigen Arbeit und der Schutz der geistigen That. Aus der ersten folgt die Pflicht derer, welche die gütige Natur so ausgerüstet hat, um die Blüthen des menschlichen Geistes in Wissenschaften und Künsten zur schönen Gestaltung zu bringen: aus der zweiten folgen alle ihre Rechte" (S. 15).

Die Pflege der geistigen Arbeit bestehe in der dankbaren Anerkennung derselben und sei Sache der Verwaltung; den Schutz der geistigen That gewähre das Gesetz, welches die Berechtigung derselben in sichere Grenzen stellt. Und diesen Schutz, der zugleich den Erwerb des Künstlers und Schriftstellers sichert, müsse der Staat eben darum gewähren, weil die Gegenwart jedem Staatsbürger die Erwerbspflicht als erste Pflicht auferlegt. Man sieht, wir sind hiermit vollständig wieder zum Ausgangspunkte zurückgeführt, und da wir uns über diesen schon oben ausgesprochen haben, so ist hier jede weitere Bemerkung überflüssig. Auch die Aufstellung des Rechts oder der Berechtigung der geistigen That, welche Phrase vielleicht mehr imponiren soll als das Recht oder die Berechtigung des Autors, dürfte sich in der Wissenschaft schwerlich Anerkennung erringen!

Man wird kaum verlangen, daß wir die weiteren Kapitel und Ausführungen des Verfassers in gleicher Weise verfolgen; man dürfte an der einen Probe mehr als genug haben. Wer sich überzeugen will, daß es wirklich in derselben Weise fortgeht, die wir bisher illustrirt haben, daß es fortgeht dans ce style à fanfares, der aber heutzutage wahrhaftig für Niemand mehr einen Reiz hat*), der möge das Buch selbst zur Hand nehmen und es durchlesen, wenn er es über sich bringt. Der Styl desselben ist aber nicht bloß ein Fanfaren-Styl, er ist zugleich so schleuderisch und lüderlich, daß darin allein schon eine Beleidigung des Publikums liegt. Beweise dafür finden sich fast auf jeder Seite des Buches. Und diese Druckfehler! Sie erreichen ihren Höhepunkt auf S. 38, und sie streifen hier so nahe an Manuskriptfehler, daß wir sie zum Ergötzen unserer Leser hervorheben wollen.

Der Verfasser berührt eben die bekannte Accession von Gemälde und Tafel und die betreffende Institutionenstelle (II, 1, §. 34), und sagt: „Justinian billigte diese Ansicht, denn es erschien ihm besser zu sein, daß die Tafel dem Bilde folge, da es lächerlich wäre, wenn ein Bild des Apollo oder Parrhasius

*) Laboulaye sagt von dem Berichte an den National-Convent (1793) über den Schutz der Autorenrechte, er sei geschrieben „dans ce style à fanfares, qui charmait nos pères." Der Verfasser übersetzt (S. 34), style à fanfares geschmackvoll mit Trompetentonstyl."

einer elenden Tafel untergeordnet würde." — Ist dieser Apollo als Kollege des Parrhasius nicht köstlich? Mich erinnert er lebhaft an eine ähnliche Verwechslung, welche Jemand passirte, der seinem Freunde zum richtigen Worte helfen wollte. Dieser wollte nämlich vom drohenden Schwerte des D—, D— sprechen und konnte den Namen nicht finden. Nun sagte Jener das Schwert des Themistokles! — In der Note wird übrigens der Leser auch mit dem Urtexte jener Institutionenstelle beglückt, die hier folgendermassen lautet: „nobis videtur melius esse tabulam hiclurae cedere, ridiculum est enim, pictura Apellio vel Parrhassii in accessionem vilissimae tabulae cedere!" Nimmt man hierzu noch, daß sowol S. 38 als 39 wiederholt von der „actio injuria" gesprochen wird, so wird man von dem Latein des — Setzers und Correktors sicherlich eine sehr schlechte Meinung bekommen.

Der Verfasser hebt im Vorworte noch besonders hervor, daß er durch seine Theorie, „die Kapitalstheorie", wie er sie im Schlußworte (S. 212) „mit Recht nennen zu können glaubt," den geraden Weg zur Lösung der wichtigsten Frage des ganzen Gegenstandes — der Zeitfrage gefunden habe. Diesen einen Punkt, auf den der Verfasser offenbar selbst besonderen Werth legt, wollen wir daher, um ihm gerecht zu werden, hier noch näher ins Auge fassen. Das Resultat, zu welchem der Verfasser in dieser Frage gelangt, ist S. 197 in folgenden Sätzen zusammengefaßt: „Solange ein angelegtes Kapital braucht, um durch seinen Zins sich wieder zu erzeugen, so lange muß der Schutz des Gesetzes nach dem Tode eines Autors dauern, um seinen Erben und Rechtsnachfolgern die Besitznahme des eigentlichen materiellen Vermögens zu sichern. Hat sich diese Vermögenssumme nach der durch das Wesen der Sache selbst bestimmten Zeit gebildet, so löst sich das geistige Werk von seiner Bestimmung zu erwerben los, und fällt dem Volke anheim, als Wiedererstattung dessen, was es in seinem allgemeinen Kulturleben, in seinem Fortschritte jedem Einzelnen gewährt hat und das es eben darum wieder zurückfordern kann." Für die Wissenschaft genüge dies Prinzip; die positive Zahl der Jahre, z. B. gerade 30, sei eben Sache der staatlichen Festsetzung.

Man wird in diesen Sätzen nicht blos das Resultat des Verfassers finden, sondern leicht auch den Gedankengang erkennen, durch welchen er zu diesem Resultate gelangt. Man wird sich vielleicht auch durch die Uebereinstimmung dieses „Prinzipes" mit dem praktischen Bedürfnisse, wie es auch in der bisherigen Gesetzgebung Anerkennung gefunden hat, bestochen fühlen und geneigt sein, dasselbe unbesehen als richtig gelten zu lassen. Wenn man aber fragen würde, warum denn gerade das in einem Werke der Kunst und Wissenschaft liegende Kapital sich nur einfach wieder erzeugen, sich nur einfach ersetzen darf, während jedes andere Kapital im erlaubten Verkehre sich auch verhundertfachen kann, ohne darum „dem Volke anheim zu fallen," so würde man auf diese Frage beim Verfasser keine Antwort finden, wenn man nicht die Phrase dafür nehmen will, daß sich dann „das geistige Werk von seiner Bestimmung zu erwerben los-löst," und dem Volke sein Beitrag zu demselben an allgemeinen Kulturbedingungen dadurch „wieder erstattet" wird. Als ob durch die geistige Arbeit des Einzelnen das allgemeine Kulturleben, aus welchem sie hervorgeht, irgend ver-

mindert oder geschmälert würde, und daher von einer „Wiedererstattung" an dasselbe die Rede sein könnte! — Auch dieses „Prinzip" löst sich daher bei näherer Prüfung nur in einen mehr weniger glücklichen Einfall auf, und wir glauben somit nun mit ruhigem Gewissen das Buch bei Seite legen zu können. Dr. P. Harum.

Psychologie und Kriminalrecht. Von H. Dankwardt, Advokaten zu Rostok. Winter'sche Verlagshandlung. 1863.

In dem Verfasser der bekannten civilistisch-national-ökonomischen Studien entstand unter der Einwirkung der Psychologie der Phrenologen laut einer mitgetheilten Tagebuchnotiz die Begierde, etwas Neues über den eigentlichen Schlüssel zum Strafrechte zu sagen, nachdem er sich nach seiner Versicherung auf dem Gebiete des Civilrechts bereits nicht ohne Glück hervorgethan hat. Die Gall'sche Psychologie hat demselben über die psychologische Grundlage des Strafrechts die Augen geöffnet. Ihr gelang es, die von Baco gestellten Aufgaben zu lösen. Sie hat die Elemente gefunden, aus deren Mischung der menschliche Charakter besteht. Mit dem Schema der 8 thierischen Triebe und der 12 einander koordinirten Gemüthsseiten und einigem Verstande wird auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft Alles klar. Dieß erhellt schon aus dem geistreichen Frage- und Antwortspiel des Verfassers, welches an Hommel's verrufene Schrift über Belohnung und Bestrafungen nach türkischen Gesetzen von 1770 erinnert, und auf welches ich in den Grundzügen der Zurechnungslehre in dieser Zeitschrift 1857 aufmerksam gemacht habe. H. Dankwardt fragt: wie kommt ein Thier dazu, zu strafen? Die Strafe, welche ein Thier an einem anderen Thiere oder an einem Menschen vollzieht, ist die auf einem Naturgesetze beruhende Reaktion des gereizten Zerstörungstriebes. Wie kommt der Mensch dazu, zu strafen? Zunächst aus demselben Grunde. Da der Staat nichts anderes ist als ein Mensch durch's Mikroskop betrachtet, so ist die Strafe desselben nur ein sehr unvollkommenes Surrogat der im Zerstörungstriebe sich äußernden Privatrache. Wohl kann Mensch und Staat aus Reflexion strafen. Man hat gemeint, beide strafen, wie man sich ausdrückt, aus Gerechtigkeitsgefühl. Dummes Zeug. Es gibt keine Gerechtigkeit der Handlungen, also auch kein gerechter Strafakt. Wem dieß nicht einleuchtet, der denke nur daran, daß der Mensch unfrei ist. $^4/_5$ des Menschen ist Naturnothwendigkeit, $^1/_5$ Erziehung. Hieraus folgt, daß man, wie Dankwardt zuversichtlich behauptet, den Menschen für sein Thun, ebenso wenig verantwortlich machen könne wie den Stein, der den Gesetzen der Schwere folgend, uns den Kopf verletzt. — Der Verfasser will zeigen . . . Lächerlicher Ausdruck. Er fühlt sich nach Nr. so viel des Gall'schen Schema's getrieben, nachzuweisen, daß aus den einzelnen Trieben ein System der Delikte abgeleitet werden könne, welches den reinen Begriff der Sache zum Bewußtsein bringt. Man denke nur daran, daß aus dem Zerstörungstriebe Mord, boshafte Sachbeschädigung, aus dem Erwerbstriebe die Eigenthumsverbrechen, aus dem Geschlechtstriebe die Unzuchtsverbrechen, aus dem mangelnden Organe des Religiositätssinnes, welchen die Phrenologen annehmen, die Religionsverbrechen, was dem Verheimlichungstriebe, welchem die

Thiergattungen Fuchs, Schlange und Katze entsprechen, Betrug, Falscheid, Fälschung, aus dem Selbstgefühle Injurien, Gewaltthätigkeit, Entführung und Raub entspringen und man wird staunen, mit welcher Leichtigkeit nach diesem psychologischen Alphabet der sogenannte besondere Theil des Strafgesetzes hergestellt werden kann. Bisher hat man geglaubt, daß eine durchgreifende prinzipielle Eintheilung der strafbaren Handlungen unmöglich sei, daß nichts übrig bleibe als die Delikte nach ihren Hauptcharakter zu gruppiren. Für einen guten Kopf ist nun nach Dankwardt's Skizze die Systematik der Delikte nur noch ein Kinderspiel. Auch ist uns der Schlüssel zur Analyse des Verbrechens gegeben. Das Verbrechen ist Handlung. Handlung ist Aeußerung eines Triebes. Dieser läßt sich vom Intellekt nicht befehlen. Hat der Intellekt Zeit zu interveniren, so kann er dem Triebe auf einem Umwege beikommen. Das ist bisher nicht gehörig beachtet worden und wird nun Epoche machen. Von Stelzer und Feuerbach bis auf Mehring und Möller hat man dieses psychologische Ei des Columbus für etwas Allbekanntes gehalten.

Wahlberg.

Das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahls, nach den neuen deutschen Gesetzbüchern. Von Dr. F. O. Schwarze, k. sächs. General-Staatsanwalt. Erlangen. Verlag von F. Enke. 1863.

Den Ausgangspunkt der vorliegenden trefflichen Monographie bilden die Bestimmungen der Karolina in dem Art. 159 über den qualificirten Diebstahl und deren Auslegung in der gemeinrechtlichen Praxis. Es werden nur die in diesem Artikel ausgezeichneten und die ihnen verwandten Diebstähle, nämlich die durch Einbrechen, Einsteigen, mit Waffen, durch Einschleichen und falsche Schlüssel mit Berücksichtigung der in den verschiedenen neuen Gesetzbüchern enthaltenen Eigenthümlichkeiten und mit Benützung der Ergebnisse der partikularrechtlichen Spruchpraxis genau erörtert und auf ihre gemeinsamen Thatbestandsmomente zurückgeführt. Der Verfasser hat durch diese Arbeit den Praktikern bei der Beantwortung der zahlreichen Streitfragen in dieser Lehre vorzügliche Dienste geleistet, zugleich aber in derselben durch die theoretisch-praktische Behandlung seines Gegenstandes einen Beitrag zur Vorbereitung einer gemeinsamen Strafgesetzgebung Deutschlands geliefert. Allgemeine Grundsätze werden in jedem Abschnitte den Bestimmungen der neuen Gesetzgebung vorausgeschickt und hierauf exegetische Erläuterungen unter Vergleichung der Rechtssprechung in den einzelnen deutschen Ländern mit großer Sachkenntniß geboten. Diese Methode der Bearbeitung verschafft der gegenwärtigen Schrift in jeder partikularrechtlichen Literatur und Praxis die Bedeutung eines werthvollen Kommentares der einschlagenden Gesetze über die genannten Diebstahlsarten. Wahlberg.

Lug und Trug. Vom Standpunkte des Strafrechts und der Geschichte dargestellt von Dr. Leonhard Freund. Erster Band. Berlin 1863. R. Decker.

Die gegenwärtige Schrift gehört zu den interessantesten Erscheinungen der vorjährigen Strafrechts-Literatur.

Der Verfasser beabsichtigt, eine Revision der Lehre von der Fälschung und

dem Betruge zu unternehmen. Seine Aufgabe geht dahin, einen Beitrag zur Beantwortung folgender Fragen zu liefern:

Welche Handlungen sind überhaupt nach geschriebenen Rechtsquellen als Fälschung und Betrug angesehen worden?

Welche Handlungen werden gegenwärtig als Fälschung und Betrug beurtheilt?

Welche Handlungen sollen nach den Grundsätzen der Wissenschaft und der Kriminalpolitik als Betrug und Fälschung bestraft werden?

Für die Darstellung dieser Fragen ist die geschichtlich-dogmatische Methode gewählt. Der geschichtliche Theil gibt nach den Bestimmungen der Gesetzgebungen und nach den Lehren der Wissenschaft eine von der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart fortlaufende Geschichte des darzustellenden Verbrechens und zerfällt in Abschnitte, die durch Rücksichten auf die geschichtliche Epoche, auf die Abstammung der Völker, sowie durch den Inhalt der Materie bedingt wurden. Wir lernen zunächst die Auffassung der Betrugsdelikte nach dem Strafrechte der Germanen aus den Rechtsquellen der Skandinavier, der Cambrier, der Angelsachsen, der Irren und Schotten kennen, mit besonderer Hervorhebung der Pönitentialen der Angelsachsen rücksichtlich des Mißbrauches feierlicher Betheuerungen, des Bruches eines feierlichen Versprechens, der falschen Behauptungen, der Prellerei, des unrechtmäßigen Gewinnes. Hierauf folgen im fünften Kapitel die einschlagenden Aufzeichnungen aus den Rechtsquellen der Völker des fränkischen Reiches, an welche der Verfasser Betrachtungen vom Standpunkte des Strafrechts und der Geschichte knüpft. In diesen geistvollen Ueberblicken werden die Germanen in den Zeiten des Heidenthums und in denen des Christenthumes, sowie deren sittliche Lebensanschauung skizzirt. Wir erfahren, wie die Gebote des Christenthumes mit den Traditionen des Heidenthumes in Konflikt gerathen und die christliche Kirche in dieser Periode noch nicht im Stande war, sich der Herzen der Germanen zu bemächtigen. Auf einem anderen Wege jedoch gelang es ihr, auf die Umgestaltung des germanischen Lebens einzuwirken und zwar durch die Theilnahme der Geistlichen an der weltlichen Gesetzgebung, durch ihre Beziehungen zur herrschenden Staatsgewalt. Am schlagendsten erweist sich dieser umbildende Einfluß des Christenthums auf die Gesetzgebung über den Eid, worauf der Verfasser gebührend Gewicht legt. Nach vorwärts richtet derselbe seine Blicke, nach rückwärts seine Schritte. Die zur Erforschung der Betrugsdelikte angetretene lange Wanderung durch das große Gebiet der Quellen des Criminalrechtes und der Sittengeschichte schließt im ersten Bande mit dem Erlöschen der Herrschaft der Karolinger ab. Als theoretischer Unterbau der ganzen Abhandlung dient eine Prüfung der Frage: Gibt es ein Recht auf Wahrheit? Um einen Einblick in die Ansichten zu erhalten, welche das Volksbewußtsein von dem Recht auf Wahrheit hegt, befragt der Verfasser zunächst die Sprache und schöpft aus ihr die Begriffe von Wahrheit und Unwahrheit.

Im weitesten Wortverstande bezeichnen Lug und Trug den Gegensatz der Wahrheit, der Uebereinstimmung mit der Wirklichkeit. Unwahrheit bezeichnet die Behauptung von etwas, das nicht stattfindet; Lügen heißt aber nicht blos Unwahrheit vorbringen, sondern auch Wahrheit unterdrücken. Von Lüge spricht man

vorzüglich nur dann, wenn die Unwahrheit durch Wort oder Schrift hervorgebracht worden ist, während Trug bei seiner Vollendung eine Kombination täuschender Handlungen und Machinationen zur Voraussetzung hat. Eine durch Täuschung vorsätzlich hervorgebrachte Rechtskränkung heißt Betrug im weitesten Sinne. Vor dem Sittengesetze gelten diese Unterschiede nicht. Dieses stellt eine allgemeine Pflicht zur Wahrhaftigkeit auf und verwirft sogar jede Nothlüge. Der Verfasser versucht nun darzuthun, daß die nur relative Bestimmbarkeit des Begriffes der Wahrheit und die Kollisionen des Lebens der unbedingten Erfüllung der Pflicht der Wahrhaftigkeit unübersteigliche Hindernisse entgegenstellen, daher Moral und Recht bei der Beurtheilung der Wahrheitsverletzungen möglich auseinander gehalten werden. Das Rechtsgesetz habe nicht die Uebereinstimmung des Menschen mit sich selbst, sondern die Uebereinstimmung oder den Nichtwiderspruch des äußeren Handelns aller in Wechselwirkung Stehenden unter einander zum Gegenstande. Es bestehe aus einem Systeme von Erlaubnissen, und nur aus den von dem Reichsgesetze aufgestellten Befugnissen ergeben sich die entsprechenden Schuldigkeiten. Alle Rechtspflichten seien negativ, involviren nicht positive Leistungen. Daher kenne das Naturrecht kein Zwangsrecht auf Wahrheit. Aber auch das positive Recht kenne kein Zwangsrecht auf Wahrheit.

Das positive Recht hat es nur mit erzwingbaren Pflichten zu thun. Aus der moralischen Pflicht zur Wahrhaftigkeit entspringt aber noch kein Zwangsrecht, und aus dessen Verletzung kein Verbrechen. Ueberall begegnen wir im Verkehre dem Widerspruche sich kreuzender Pflichten und konventioneller Lügen. Es gibt Täuschungen, die selbst lobenswerth sein können, oder die weder schaden noch nützen. Bestände ein Recht auf Wahrheit, so müßten dieselben als strafbare Rechtsverletzungen aufgefaßt werden. Könnte man ein solches Zwangsrecht auf Wahrheit annehmen, so müßte es auch ein Zwangsrecht auf den Glauben an die von uns gesagte Wahrheit geben.

Wahrheitsverletzungen sind daher nur dann widerrechtlich, sobald sie die Formen werden, unter welchen die Rechte Anderer verletzt werden.

Auf diese Betrachtungen gestützt, gibt die vorliegende Schrift die geschichtliche Entwickelung eines Verbrechens, dessen Merkmale im Wesentlichen Verletzungen der Wahrheit zur Voraussetzung haben. Schon diese Inhaltsanzeige dürfte das Lob bestätigen, welches Berner in der zweiten Auflage seines trefflichen Lehrbuches des deutschen Strafrechts dieser Erstlingsarbeit gespendet hat.

Wahlberg.

Das ungarisch-österreichische Staatsrecht. Zur Lösung der Verfassungsfrage historisch-dogmatisch dargestellt von Wenzel Lustkandl, Doktor der Rechte. Wien, 1863. Wilhelm Braumüller. XVIII S. 498.

Zu den bereits zahlreich gewordenen Schriften, die sich mit der Lösung der ungarischen Verfassungsfrage beschäftigen, wird hier eine neue über denselben Gegenstand gebracht.

Man kann es nur billigen, wenn eine für Oesterreich so wichtige Angelegenheit, wie es die ungarische Verfassungsfrage ist, vielseitig erörtert wird, um

das gegenseitige Verständniß zu erleichtern. Der Verfasser des vorliegenden Werkes hat sich dies zum Zwecke seiner Arbeit gemacht, hat einen zu diesem Ende gut gewählten Standpunkt eingenommen und in Erstrebung des vorgesetzten Zieles viel Eifer gezeigt. Indem wir hier den Erfolg seiner Bemühungen einer Prüfung bezüglich seines wissenschaftlichen und praktischen Werthes unterziehen, können wir bei der Wichtigkeit der Sache, um die es sich handelt, und bei der eigenthümlichen Art des Vorganges in der Auffassung und Darstellung derselben nicht unterlassen, auf die Besprechung des Inhaltes der einzelnen Abtheilungen des Werkes einzugehen.

Eine kurze Einleitung enthält nur einige allgemeine Bemerkungen über die einschlägige Literatur und die Erklärung des Verfassers, daß er nicht auf dem Standpunkte der Verwirkungstheorie, sondern auf dem des Rechtes und der Rechtskontinuität stehe, und daß er eine Staatsschrift verfassen wollte, die nicht nur die ungarisch-österreichische Verfassungsfrage in einer Weise zur Lösung zu bringen helfen soll, daß Keiner über Unrecht klage, sondern dadurch, daß sie die Herausbildung des Verhältnisses des Königreiches Ungarn zu der Gesammtmonarchie historisch darstellt, auch dann noch einen Werth haben soll, wenn die ungarische Frage schon längst gelöst sein wird.

In der Anordnung des Stoffes kann man den historischen von dem praktischen Theile unterscheiden. Dem letzteren gehören das vierte und das fünfte Hauptstück an; der geschichtlichen Nachweisung des Entwickelungsganges des staatlichen Verhältnisses Ungarns zu Oesterreich, die in dem dritten Hauptstücke gegeben wird, hat der Verfasser in dem ersten Hauptstücke einige allgemeine Bemerkungen über die Verfassung vom 4. März 1849 und die Verfassung vom 26. Februar 1861, und in dem zweiten Hauptstücke die Gründe vorausgestellt, welche die sogenannten Achtundvierziger-Gesetze als formell ungiltig beweisen sollen. Es ist somit das dritte Hauptstück, das uns die rechtliche Grundlage zeigen will, auf welcher sich unter Wahrung beiderseitiger Rechte eine Vereinbarung in der Verfassungsfrage erzielen lasse.

Eine Bemerkung, die in der Einleitung (S. XVI) zu lesen ist, kann ein Statistiker nicht übergehen. Der Verfasser führt daselbst an, daß in Oesterreich das Studium des positiven Staatsrechtes im Laufe unseres Jahrhunderts vernachlässiget, ja unterdrückt worden sei, woraus in der wissenschaftlichen Ausbildung eine Lücke entstanden ist, die in unseren Tagen, wo staatsrechtliche Fragen eine gründliche Beantwortung fordern, recht sichtbar sei. Wir können dieser Behauptung nicht widersprechen, sie ist buchstäblich wahr. Aus Besorgniß vor Gefahren, die aus Mißverständnissen entstehen könnten, wurde diese Lehre in engen Grenzen gehalten; der Professor der Statistik erhielt die Weisung, bei der Darstellung des österreichischen Staates sich gegenwärtig zu halten, daß er zugleich die Stelle des österreichischen Staatsrechtslehrers zu vertreten habe. Ein Statistiker der sogenannten historischen Schule konnte und mußte dieser Anforderung, weil sie einen nach seiner Auffassung der Wissenschaft wesentlichen Theil einer statistischen Schilderung betrifft, entsprechen; ein Statistiker der neueren (mathematischen) Schule hätte in Erfüllung derselben seinem engeren Begriffe von der Wissenschaft untreu werden müssen.

Es ist zu loben, wenn auch deutsche Schriftsteller in der Verfassungsfrage sich auf den Standpunkt der Rechtskontinuität stellen und hiemit die historisch ausgebildeten Verhältnisse Ungarns zu Oesterreich und die von den österreichischen Völkern, Ungarn gegenüber, erworbenen Rechte bei der Lösung jener Frage als maßgebend annehmen. Und eben so beifällig wird man es aufnehmen, daß der Verfasser vorzugsweise in dem corpus juris hungarici die Belege für seine Ansichten und Behauptungen aufsucht. Ob er nun auf diesem Gebiete der Thatsachen des Weges so kundig ist, um die Sehnsüchtigen zu dem erwünschten Ziele zu führen, wird die Folge zeigen. Vorläufig mag hier bemerkt werden, daß in manchen Partien des Werkes aus übergroßem Eifer gesetzliche Citate als Beweise vorgebracht werden, für die ein Dritter keinen Glauben haben wird.

I. und II. Hauptstück.

In diesen beiden Abtheilungen des Werkes war dem Verfasser zunächst nur darum zu thun, darauf aufmerksam zu machen, wie die Februarverfassung bezüglich der Autonomie Ungarns günstiger sei, als es die Märzverfassung vom Jahre 1849 war. Denn die letztere erhielt zwar die Wirksamkeit der Landtage in den ungarischen Ländern in Betreff der Gesetzgebung über das bürgerliche Recht, das Strafrecht, die Gerichtsverfassung und das Gerichtsverfahren aufrecht, machte aber denselben zur Aufgabe, die bisherige Gesetzgebung in jenen Zweigen einer Revision zu unterziehen, um baldigst die wünschenswerthe Uebereinstimmung der Gesetzgebung in allen Theilen des Reiches herbeizuführen. Nach dem Diplome vom 20. Oktober 1860 und der Reichsverfassung vom 26. Februar 1861 werden dagegen den Ungarn in allen diesen Dingen die autonomen Landtagsbefugnisse für alle Zeiten im Sinne der alten Verfassung Ungarns sichergestellt, wofern sie nicht selbst freiwillig eine engere Vereinigung mit dem Gesammtreiche herbeiführen wollen.

Es war ferner dem Autor hier darum zu thun, die formelle Ungiltigkeit der ungarischen Landtagsgesetze vom Jahre 1848 nachzuweisen, weil hievon die Antwort abhängt, ob sie als staatsrechtliche Grundlage dienen können. Von den sieben Rechtsgründen, die dafür angeführt werden, kann man mehrere, weil sie entweder historisch nicht genügend konstatirt oder weil sie für die Entscheidung minder erheblich sind, ganz außer Acht lassen, so reichen schon die übrigen hin, die Behauptung des Verfassers als richtig anzuerkennen. Die späteren Abtheilungen des Werkes liefern noch mehrere Beiträge zu diesem Beweise, und man hat wohl Grund dazu, alle diese Waffen in seinen Köcher aufzunehmen, um im Streite mit den Gegnern dieser Ansicht aufzukommen.

III. Hauptstück.

Dieses an Citaten und Deduktionen inhaltreiche Hauptstück beschäftigt sich mit der Darstellung des Verhältnisses Ungarns zu Oesterreich in seinen staatsrechtlichen Verbindungsmomenten, wie solche vor dem Jahre 1848 vorhanden waren. Das Augenmerk ist dabei darauf gerichtet, diejenigen Rechte, Pflichten und Interessen nachzuweisen, welche Ungarn mit den anderen Erbländern gemeinsam gehabt hat und dadurch mit denselben enger (real) verbunden war.

Als solche Verbindungsmomente werden angeführt:

1. Der gemeinsame Regent und das staatsrechtliche Erbrecht.

Die Beweisführung über die Thatsache, daß Ungarn das staatsrechtliche Erbrecht mit den anderen Ländern der Monarchie gemeinsam habe, beschränkt der Verfasser nicht blos auf die Privilegien des erbberechtigten Hauses, sondern gibt dafür die in dem corpus juris hungarici hierüber vorkommenden zahlreichen Gesetzesstellen an. Mehr als fünfzig derselben werden angeführt, und unter diesen namentlich die drei ersten Artikel vom Jahre 1485, welche Ungarn für ein Erbreich erklären, als welches es seit jeher war und für immer bleiben soll, weshalb niemals eine Königswahl vorgenommen werden dürfe, so lange ein königlicher Abstämmling vorhanden ist, worunter man wohl nicht nur Männer, sondern auch Frauen zu verstehen hat. In dieser Weise ging, wie bekannt, unter Ferdinand I. dieses Erbrecht der ungarischen Königsgewalt auf das Habsburg'sche Haus über (1526), und wurde später auf den Landtagen 1687 und 1723 wieder anerkannt.

In der Seite 14 vorkommenden Anmerkung erklärt der Verfasser die Frage über die Echtheit des großen Friedrician'schen Privilegiums heutzutage staatsrechtlich für gleichgiltig, weil auch dieses privilegium majus von den Kaisern Rudolf von Habsburg (1283), Ludwig dem Baier (1330), Karl V. (1530) u. m. a. erneuert und bestätigt worden ist. Wir können dieser Behauptung in ihrem ganzen Umfange nicht beistimmen. Es hängt nämlich mit der Entscheidung der Frage über die Echtheit des großen Freiheitsbriefes zugleich die Entscheidung über den Rechtsbestand mancher Verhältnisse, die in Folge desselben gegründet wurden, innig zusammen; die Staatsgeschichte dürfte Manches in ihren Blättern anders zu berichten haben, wenn die Antwort über die Echtheit jenes Privilegiums verneint wird. In dieser Hinsicht bleibt daher jene Frage auch noch heutzutage staatsrechtlich eine wichtige, wenn gleich das Erbrecht des österreichischen Herrscherhauses dabei nicht in Betrachtung kommt. Einen Beweis von dieser Wichtigkeit liefern die anhaltenden und eifrigen Bemühungen der Geschichtsforscher unserer Zeit, die es immer mehr außer Zweifel setzen, daß das Privilegium majus nicht das echte sei.

2. Die Regalien.

Als Finanzregalien werden angeführt: das Berg-, Salz-, Salniter- und Pulverregale, das Postregale und das Münzregale.

Ohne Zweifel gaben diese Regalien schon frühzeitig einen Vereinigungsfaktor zwischen Ungarn und den übrigen Ländern der Monarchie ab. In beiden diesen Bestandtheilen des Reiches war nämlich das Recht der Gesetzgebung, der Verwaltung und Benützung dieser Einnahmsquellen dem Regenten allein zuständig, eine Erscheinung, die im deutschen Auslande ihr Vorbild hatte und leicht zu erklären ist, wenn man bedenkt, daß es in der ersten Entwickelung der staatlichen Einrichtungen bequem erschien, dem Landesfürsten vorerst die Nutzungen bestimmter, ihm ausschließlich vorbehaltenen Rechte zu überlassen. Zum Beweise, daß das Verfügungsrecht des Königs von Ungarn über die sogenannten Regalien ein unbeschränktes war, dienen das zweite Dekret Stefan's, die goldene Bulle Andreas' II. vom Jahre 1222, Art. 29, das Dekret Ludwig's I. vom Jahre 1351, Art. 13,

das zweite Dekret Sigismund's, Art. 1, vom Jahre 1405, die Antwort Ferdinand's I. vom Jahre 1545, §. 16 u. m. a. Landtags-Artikel.

Da der Monarch Oesterreichs in den deutschen und slavischen Ländern in der Verwaltung des Staates ein unbeschränkter Herrscher war, so war die Leitung, Verwaltung und Benützung der genannten Regalien diesseits und jenseits der Leitha in seiner Hand ungetheilt, und hierin lag eben die reale Vereinigung bezüglich jener Rechte, die es möglich gemacht hat, die oberste Leitung derselben durch gemeinschaftliche Verwaltungsorgane zu vereinfachen und weniger kostspielig zu machen.

3. Das Finanzwesen.

Unter dieser Aufschrift behandelt der Verfasser die Staatseinnahmen, die in Ungarn unter den Benennungen: Naturalsteuern, Regalien-Erträgnisse, Mäuthe, Zölle, Taxen, Strafgelder, Honorarium des Königs, Heimfall der Schenkungsgüter, Einkünfte aus dem fundus regius, endlich Subsidien und Kontributionen bezogen werden, und zwar in der Richtung, um zu erheben und festzustellen, daß ein großer Theil dieser Einnahmsquellen bereits vor dem Jahre 1848 Ungarn und den übrigen Erbländern in dem Sinne gemeinsam war, daß dieselben von dem gemeinschaftlichen Regenten ohne Einfluß der Stände benützt werden konnten.

Das Resultat der diesfälligen Untersuchungen stellt der Verfasser in dem Satze dar, daß es nur die zeitweilig bewilligten Beisteuern des Adels (Subsidien) und die von Nichtadelichen zu entrichtenden Kontributionen sind, welche nicht unter die gemeinsamen Angelegenheiten gehören, weil deren Erhebung die Zustimmung des ungarischen Landtages voraussetzt. Auch auf die Normirung einiger Taxen und Strafgelder nehmen zwar die ungarischen Stände einigen Einfluß, aber die einmal normirten Taxbeträge und Strafgelder kommen dem Könige unbeschränkt zu (S. 64).

Dieser, dem Gegenstande nach wichtigsten, Abtheilung des Werkes läßt sich der Vorwurf machen, daß sie die gesetzlichen Ergebnisse des Landtages 1827 gar wenig beachtet. Namentlich ist es der Gesetzartikel 4 dieses Landtages, der zu einer eingehenden Erörterung seines Inhaltes auffordert, und schon der Umstand, daß die Opposition denselben für ihre Behauptung geltend macht, zeigt dessen Bedeutung für die vorliegende Frage an.

Daß der Verfasser hier das Zoll- und Mauthgefälle als ein Einkommen aus Regalien bezeichnet und nicht der wissenschaftlichen Unterscheidung Regalien und Steuern folgt, geschieht selbstverständlich deshalb, weil es sich hier um eine in der Praxis bestehende Einrichtung des Steuerwesens in Ungarn handelt.

Bei der Angabe des Grundes für die Unterhaltung einer Binnenzoll-Linie an der Grenze von Ungarn gegen die anderen Erbländer ist ein entscheidendes Moment außer Acht gelassen worden. Nach der Angabe des Verfassers ist diese Zwischenzolllinie ohne Rücksicht auf die vielen Klagen und Bitten der ungarischen Stände um die Aufhebung derselben aufrecht erhalten worden bis in das Jahr 1848, weil die Dreißigstgebühr eine vom Landtage unabhängige Einnahmsquelle des Königs war, und durch eine andere Einnahmsquelle nicht leicht hätte ersetzt werden können (S. 45). Nach dieser Auffassung erscheinen die Beschwerden der

ungarischen Stände und die Weigerung der Regierung, denselben abzuhelfen, in einem anderen Lichte, als es der Fall ist, wenn man hierbei darauf reflektirt, daß die Unterhaltung jener Zwischenzolllinie für die deutschen Erbländer eine unerläßliche Bedingung war, ihre Urproducenten und Gewerbetreibenden in der Concurrenz mit den geringer besteuerten Producenten von Ungarn in Schutz zu nehmen. Wird, wie nothwendig, auch auf diesen Grund gesehen, so fällt auch die Beurtheilung dieser Angelegenheit anders aus; man wird der vom Verfasser gemachten Bemerkung, daß der König bei Auflassung der Dreißigst-Einnahme kein Aequivalent erhalten haben würde, kein besonderes Gewicht beilegen können.

Ueberhaupt lauft in diesem Gebiete der staatsrechtlichen Verhältnisse neben den gemeinen Finanzeinrichtungen ein so breiter Streifen finanzieller Selbstständigkeit Ungarns, daß dieser für sich allein, im Hinblick auf die Zukunft mit ihren vermehrten Anforderungen, in der ungarischen Verfassungsfrage das größte Gewicht hat.

4. Das Kriegswesen.

In der Verfassung und Verwaltung des Kriegswesens kann der Streit über die Gemeinsamkeit zwischen Ungarn und den übrigen Erbländern nach unserer Ansicht doch nur rücksichtlich einiger Theile des Ganzen bestehen. Denn man wird dem Verfasser kaum widersprechen, wenn er ausführlich zeigt, daß das Kriegswesen in Ungarn seit den ältesten Zeiten Sache des Königs war, daß die Truppen des einen Erblandes zum Schutze des anderen verwendet werden konnten und daß selbst die Insurrektion im Falle einer Gefahr außerhalb Ungarns zur Vertheidigung des angrenzenden Erblandes bestimmt werden konnte. Auch daraus, daß verschiedene Truppenkörper zu einem Ganzen vereinigt werden konnten, die ungarischen Kriegsangelegenheiten vor dem Hofkriegsrathe (consilium bellieum) behandelt wurden, die Kriegsordnung und das Kriegsrecht gemeinsam waren, wird man folgern können, daß die dießfällige Vereinigung Ungarns mit den übrigen Ländern der Monarchie mehr als eine Personalunion sei. Es bleiben somit nur die Rekrutirung zur Ergänzung des ungarischen Militärs und die Bestimmung der Dauer der Militärdienste als diejenigen Gegenstände übrig, worüber regelmäßig auf dem Landtage votirt wurde.

5. Gemeinsame Verhandlungen vor 1848 und besonders wichtige Stellen über die Realvereinigung.

Die in dieser Abtheilung angestellten Betrachtungen über nationale Verhandlungen haben für den Zweck dieser literarischen Arbeit ohne Zweifel ein historisch-politisches Gewicht, wenn sie auch nicht durchgehends als entscheidend angenommen werden können. Die hierbei vorkommenden Wiederholungen wird man der Sache selbst zugute halten können.

Materielle und geistige Interessen führen die mit einander verkehrenden Völker gar oft zu Verhandlungen, aus welchen mehr oder weniger enge Verbindungen hervorgehen. Auch unter den österr. Völkern sind solche Vereinigungen zum Abschluß gekommen, von welchen hieher nur diejenigen gehören, welche das politische

Band zwischen Ungarn und den übrigen Ländern Oesterreichs betreffen; denn die nicht ungarischen Bestandtheile der Monarchie leben im vollen Bewußtsein ihrer Zusammengehörigkeit schon Jahrhunderte lang in einer realen Verbindung, unter welcher sie zu einer vielseitig vorgeschrittenen Entwickelung gelangt sind. Aber auch von den ersteren sollen hier nur diejenigen besprochen werden, bei welchen die Gründe für oder wider den Gegenstand der Frage kräftiger hervortreten, oder auf die sich eine Partei zu berufen pflegt.

Es wurden gemeinsame Angelegenheiten verhandelt:

1. in der im J. 1542 zu Prag abgehaltenen, aus ständischen Abgeordneten der böhmisch-mährischen und deutschen Länder gebildeten Versammlung, die den Beschluß gefaßt hat, den vom Feinde bedrängten Ungarn vereinte Hülfe zu leisten;

2. als unter Kaiser Rudolf mit dem Fürsten von Siebenbürgen Sigismund Bathory am 28. Jänner 1595 ein Traktat abgeschlossen wurde, mit der Bestimmung, daß Siebenbürgen ein in gewissen Beziehungen von Ungarn abhängiges Land sein soll;

3. als im J. 1606 unter den ständischen Abgeordneten aller österreichischen Länder eine Conföderationsakte zu Stande kam, kraft welcher jene Länder in Freundschaft zu leben, jede Feindseligkeit zu vermeiden, dem Kaiser und König ewig treu zu bleiben gelobten und gleichzeitig ihre alten Bündnisse erneuerten;

4. als im J. 1715 eine Commission, gebildet aus ungarischen Abgeordneten und den vom Kaiser beigegebenen Männern, dem erhaltenen Auftrage entsprechend, das System der politischen, militärischen und ökonomischen Angelegenheiten einer Berathung unterzog um ihr Gutachten hierüber und ihren Antrag dem ungarischen Landtage vorzulegen;

5. als eben diese Angelegenheiten der politischen, militärischen und ökonomischen Administration den ungarischen Landtag im J. 1723 beschäftigten.

Außer diesen Fällen von Verhandlungen in gemeinsamen Angelegenheiten, die der Verfasser behufs einer Nachweisung realer Verbindungen zwischen Ungarn und den übrigen Ländern der Monarchie vorbringt, führt derselbe noch zahlreiche Gesetzesstellen und Entscheidungen an, die zu gleichem Zwecke beitragen sollen. Wir beschränken uns hier nur auf Besprechung der oben bezeichneten fünf Fälle.

Die drei ersten dieser Fälle haben offenbar nur den Charakter föderativer Verbindungen, der vierte und der fünfte Fall waren Verwaltungsmaßregeln zur allmähligen Erzielung eines gleichförmigen Systemes in der Staatsadministration auf dem verfaßungsmäßigen Wege. Diese unsere Auffassung dürfte in folgender Weise zu rechtfertigen sein:

Die im J. 1542 zu Prag unter den Abgeordneten der Provinzialstände zu Stande gekommene Vereinbarung über die den Ungarn gegen die Türken zu leistende Hilfe hatte die Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr zum Zwecke, die nur durch Vereinigung der Kräfte Aller zu erwarten war. Eine solche Vereinigung bildet keinen Einheits- oder Föderativstaat; sie ist zu einem einzelnen bestimmten Zwecke geschlossen und auf die Dauer dieses Zweckes beschränkt. — Weiter als diese Zusage einer Hilfeleistung von Seite der deutschen und böhmischen *Stände* reicht wohl die Conföderationsakte vom J. 1606, indem sie die über-

nommene Unterstützungs- und Mitwirkungsverbindlichkeit gegen die gemeinschaftliche Gefahr als eine fortdauernde anerkennt. Aber auch dieß kann eine Personal-Union in eine wahrhaft reale nicht verwandeln.

Was den Traktakt mit dem Fürsten von Siebenbürgen, Sigismund Bathory, anbelangt, so betrifft derselbe nur die Verbindung Siebenbürgens mit Ungarn, welche die Folge hatte, daß die dem letzteren zugesagte Hilfe nun auch auf Siebenbürgen auszudehnen war; allein der Traktakt enthält keine Bestimmung, aus welcher die Art der Vereinigung Ungarns mit Oesterreich zu entnehmen wäre.

Die unter Zeile 4 erwähnte Kommission, welche im Jahre 1715 zur Berathung des Systemes der politischen, militärischen und ökonomischen Angelegenheiten bestimmt war, sollte die thunlichste Vereinigung zwischen Ungarn und den übrigen Erbländern in den genannten Verwaltungssachen fördern helfen. Bekanntlich blieb der Erfolg dieser ihrer Wirksamkeit hinter der auf sie gesetzten Erwartung zurück, weßhalb die auf dem ungarischen Landtage 1723 versammelten Stände den Wunsch und die Bitte aussprachen, die Kommission noch fortbestehen zu lassen, damit sie die Berathungen über die Accommodation des erwähnten Systems weiter fortführen könne.

So wie einerseits die hier besprochene Kommission ein innerhalb der Grenzen der Verfassungsrechte liegendes und taugliches Mittel war, zur Ausbildung jenes zur Gemeinsamkeit in der Verwaltung führenden Systemes beizutragen, so kann andererseits auch nicht ignorirt werden, daß die Stände auf dem Landtage 1723 es für eine Pflicht anerkannt haben, zu jenem Zwecke, als einem für das ganze Reich heilsamen Werkes, fortan mitzuwirken.

Diese aus Ueberzeugung von der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit übernommene Verpflichtung der ungarischen Stände ist nur zum Theile in Erfüllung gebracht, dauert also zu einem größeren Theile noch fort und tritt gegenwärtig bei der Verfassungsfrage mit um so größerer Stärke heran, als die Lösung dieser Frage mit dem Wohle des ganzen Staates innig zusammenhängt.

Diesen Gedanken hält der Verfasser fest und knüpft daran seine Hoffnungen. Ohne Zweifel wird die Regierung, stets bereit, Alles, was praktisch und nützlich ist, zu gewähren, gewiß nicht anstehen, die hier gemeinte Vorberathung einer gemischten Kommission zu veranstalten.

6. Beweis der Realvereinigung aus korrespondirenden Gesetzesstellen des Codex austriacus und der Justizgesetzsammlung.

Schon der Titel dieses Werkes zeigt an, daß darin auch auf Gesetze Rücksicht genommen sei, die nicht blos für Ungarn als solche zu gelten hatten, sondern auch die staatsrechtliche Verbindung desselben zu den übrigen Ländern der Monarchie zum Gegenstande haben. Es sind dieß die Justizgesetzsammlung und der Codex austriacus.

Das Ganze beschränkt sich jedoch nur auf die Angabe von sieben Central- oder Oberverwaltungs-Organen, in deren Geschäftskreis die Verhandlung gemeinsamer Angelegenheiten gehörte.

IV. Hauptstück.

Die Verfassungsbestrebungen der Gegenwart und die Erwägung der Rechtskraft der betreffenden Verfassungsnormen.

Mit den in diesem Hauptstücke angestellten Betrachtungen übergeht der Verfasser zu denjenigen, die sich mit der praktischen Lösung der für die Machtentwickelung und Bedeutsamkeit Oesterreichs so wichtigen ungarischen Frage beschäftigen. Bevor er aber die Art und Weise dieser Lösung selbst bespricht, beschaut er nochmals die durch die Ereignisse des Jahres 1848 herbeigeführten staatlichen Zustände Oesterreichs und die Bestimmungen der in den Jahren 1860 und 1861 erschienenen Fundamentalgesetze.

Die Gesetzentwürfe (Beschlüsse) des ungarischen Landtages vom Jahre 1848, deren formelle Giltigkeit schon im Eingange dieses Werkes in Abrede gestellt wurde, werden nun auch in ihrem Inhalte beurtheilt. In dieser Beziehung stimmt der Verfasser mit denjenigen überein, welche diese Landtagsbeschlüsse, obgleich sie auf Herstellung einer mehr repräsentativen Vertretung abzielen, dennoch als unbrauchbar erklären, um als Grundlage der Vereinigung Ungarns mit den übrigen Erbländern zu einer gemeinschaftlichen Verfassung angenommen werden zu können.

Dieser Erklärung tritt der Verfasser mit aller Kraft und Wärme eines für das Gesammtvaterland lebenden Patrioten ein, und man darf es ihm nicht verargen, wenn er bei der Analyse jener Beschlüsse hier und dort Worte der Entrüstung gebraucht. Er hält dieselben zu der besagten Einigung so wenig geeignet, daß er glaubt, die Annahme und Durchführung derselben werde eher eine vollständige Separation, als eine Vereinigung herbeiführen, ja selbst die Personal-Union in Frage stellen, da in Folge derselben die exekutive Gewalt an den Palatin übergehen und Ungarn ein unabhängiges Ministerium mit dem Sitze in Buda-Pest erhalten würde, in dessen Ressort auch diejenigen Gegenstände übergehen sollten, die vor dem Jahre 1848 als gemeinsame Angelegenheiten des Staates behandelt wurden.

Nach dieser Abfertigung einer unannehmbaren Bedingung geht der Verfasser zu der Exponirung des Inhaltes des Diploms vom 20. Oktober 1860 und der Reichsverfassung vom 26. Februar 1861 über, wobei mehrere eben so begründete als sachgemäße Bemerkungen gemacht werden. In einer besonderen Abtheilung sind noch speziell diejenigen Wirkungen aufgeführt, die sich aus dem Oktoberdiplome für Ungarn ergeben.

Bei der Analyse der genannten zwei Grundgesetze mußte der Verfasser natürlich auf das ungarische Finanzwesen, worüber er bereits im dritten Hauptstücke umständliche Nachforschungen angestellt hat, wieder zurückkommen, um diejenigen Rechte, welche in dieser Beziehung den ungarischen Ständen kraft ihrer avitischen Verfassung zukommen, nach dem Eintritte der ungarischen Abgeordneten in den Reichsrath aber mit diesem gemeinschaftlich auszuüben wären, gegen

diejenigen zu halten, welche ihnen die Reichsverfassung als neu gewährt. Die bekannte Adresse des ungarischen Landtages vom Jahre 1861 hat speziell in Bezug auf diesen Gegenstand in Abrede gestellt, daß der Einfluß der ungarischen Nation in ihrer konstitutionellen Stellung sich nur auf einen geringen Theil ihrer eigenen öffentlichen Steuern erstrecke, und wendet sich mit Unwillen von dem Gedanken ab, daß ein Körper, dessen Majorität aus Vertretern anderer Länder besteht, über das Steuerwesen Ungarns verfügen soll.

Dieß war ohne Zweifel einer der Beweggründe, weshalb der Verfasser in die schon oben umständlich besprochene Unterscheidung unter den Steuern und Abgaben sich einließ. Zu denjenigen derselben, über welche der ungarische Landtag verfassungsmäßig zu votiren berechtigt ist, zählt er nur die Subsidien der Adelichen und die über die gewöhnliche Höhe der Kontribution steigenden Leistungen der Nichtadelichen. Nur bezüglich dieser hätte Ungarn durch seinen Beitritt zu dem Reichsrathe das Votirungsrecht mit den übrigen Mitgliedern des Reichsrathes gemeinschaftlich auszuüben. Dafür erlangt es aber das Recht, auch bei der Regelung derjenigen Finanz-Angelegenheiten entscheidend mitzuwirken, über welche der König von Ungarn als solcher verfassungsmäßig ausschließlich verfügen kann (Regalien, Staatsanleihen, Post-, Eisenbahn- und Telegraphen-Angelegenheiten, das Geld-, Kredits-, Münz- und Zettelwesen, die Zoll- und Handelssachen), so wie auch bei Angelegenheiten, welche sich auf die Art, dann auf die Ordnung der Militärpflicht beziehen.

Mit diesem Anbot von Rechten, welche Ungarn mit seinem Eintritte in den Reichsrath erlangen soll, wird vielleicht gerade derjenige, der dem Prinzipe der Rechtskontinuität anhängt, am wenigsten befriedigt und zum Eintritte bewogen, selbst wenn er ohne Widerrede zugeben wollte, daß die Folgerungen, die der Verfasser aus den vorgebrachten Gesetzen und Verhandlungen zieht, alle richtig seien, und daß in einer jeden gemeinsamen Einrichtung auch schon eine Gemeinschaft des Rechtes vorhanden sei. Auf der Wage dieser Männer macht das Gewicht „Steuerbewilligungsrecht" die Schale zu ihrem Vortheile sinken, da für sie der Ausdruck „Steuer" einen weiten Begriff hat, und insbesondere die mancherlei indirekten Auflagen in sich faßt.

V. Hauptstück.

Hier versucht es der Verfasser, diejenigen Bestimmungen in einem Programme zusammenzufassen, die erst im verfassungsmäßigen Wege angenommen werden müßten, um als rechtskräftig erkannt werden zu können.

Die Presse hat schon mehrere Programme in dieser Angelegenheit veröffentlicht, ohne daß hiedurch die ernste Frage, die sie betreffen, ihrer Lösung näher gebracht worden wäre. Das vorliegende Programm ist unter den im Werke selbst behandelten Voraussetzungen mit vielem Fleiße ausgearbeitet und wollte jedenfalls möglichst ausreichend sein, weshalb es auch auf die Landtagsbeschlüsse des Jahres 1848, obgleich deren Giltigkeit bestritten wird (S. 5—8,

und 333—342), in so ferne Bedacht nahm, als dieselben mit dem Bestande und der Fortbildung der Reichsverfassung vereinbar erscheinen.

Alles in Allem betrachtet, dürfte die Ansicht die richtigere sein, daß das Festhalten an dem historischen Rechte der Lösung der ungarischen Frage weniger günstig und dienlich ist, als eine aufgeklärte, unbefangene Politik, die nicht verkennen kann, daß aus der Vereinigung aller Theile des Reiches zu einem gleichberechtigten Ganzen alle Glieder an Sicherheit, Macht und Entwickelungsfähigkeit gewinnen — ein Gewinn, der wohl eines Opfers werth ist.

Hofr. Springer.

Oeſterreichiſche

Vierteljahresſchrift

für

Rechts- und Staatswiſſenſchaft.

Herausgegeben

von

Dr. Franz Haimerl,
k. k. ord. öffentl. Profeſſor der Rechte in Wien.

Vierzehnter Band.

Wien 1864.
Wilhelm Braumüller,
k. k. Hofbuchhändler.

Inhalt des XIV. Bandes.

Seite

I. Ueber die Nothwendigkeit und den Werth gründlicher Voruntersuchung im Strafverfahren. Von **Abegg** 1

II. Beiträge zur Lehre der Grunddienstbarkeiten nach österreichischem Rechte. Vom Herrn Dr. **Leo Nagel** in Prag 65

III. Ueber die hohe Idee der Gerechtigkeit und den Einfluß der Wissenschaft auf die Realisirung derselben im Staate. Vom Herrn Dr. **Anton** Virozsil, k. k. Hofrathe, jub. Univ.-Rektor und Professor in Pest ꝛc. 95

IV. Fragmente aus einem Systeme des österreichischen Obligationenrechtes. Vom Herrn Professor Dr. **Joseph Unger** in Wien 110

V. Drei österreichische Civil-Proceßgesetze aus dem XVII. Jahrhundert. Vom Herrn Dr. **Johann Schenk**, Hof- und Gerichts-Advokaten in Wien; I. Artikel 135

VI. Zur Theorie des Besitzes. Vom Herrn Dr. **Josef Ritter v. Helm**, k. k. Landesgerichtsrathe; II. Artikel 155

VII. Das juristische Prinzip des Nachdruckes. Vom Herrn Dr. **L. Bacher** in Stuttgart 200

VIII. Findet eine Succession in dem Besitze statt? Vom Herrn J. U. Dr. **Unger**, a. o. Professor der Rechte in Prag 240

IX. Drei österreichische Civil-Proceßgesetze aus dem XVII. Jahrhundert. Vom Herrn Dr. **Johann Schenk**, Hof- und Gerichts-Advokaten in Wien; II. Artikel 248

X. Drei österreichische Civil-Proceßgesetze aus dem XVII. Jahrhundert. Von Demselben; III. Artikel 259

Seite

XI. Ist in Bezug auf die Concessionirung, auf die Zinsengarantie und Amortisationsprämie das Bedürfniß eines neuen Eisenbahnrechtes erstanden? Vom Herrn Dr. S., einem Mitgliede der Handelsgesetz-Konferenz 279

Literaturblatt: Literarische Anzeigen über rechts- und staatswissenschaftliche Schriften . . . . . 1—77

I.

Ueber die Nothwendigkeit und den Werth gründlicher Voruntersuchung im Strafverfahren

mit

Rücksicht auf die neuesten Entwürfe zu Strafprozeß-Ordnungen.

Von Abegg.

Unter den wichtigen Fragen über die zweckmäßigste Weise eines den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Verfahrens in Strafsachen, welche die Aufmerksamkeit der Gesetzgebung in Anspruch nehmen, die Wissenschaft und die Anwendung auffordern, zur richtigen Beantwortung beizutragen, ist eine der folgenreichsten diejenige über den Zweck, die Einrichtung, und somit das Bedürfniß oder die Entbehrlichkeit, der Umfang und die Grenzen der Voruntersuchung. Der Gegenstand, auch früher, obgleich weniger selbstständig als in Verbindung mit dem gesammten Untersuchungsverfahren, behandelt, wo es für manche jetzt erst auftretende Bedenken keinen oder nur geringen Raum gab, hat ein besonderes Interesse gewonnen, seit wir mit Verlassung des schriftlichen nicht öffentlichen Untersuchungs-Prozesses das mündlich-öffentliche Verfahren, und, worauf es hier vornehmlich ankommt, den Grundsatz der Unmittelbarkeit angenommen haben. Für die Gesetzgebung machte sich das unabweisbare Bedürfniß geltend, das Verhältniß der Voruntersuchung zu dem Hauptverfahren zu regeln, wo dann erklärlicherweise der Zweck, die Bedeutung, Bestimmung der ersten mit allen den Fragen zur Sprache kommen mußten, welche sich in Betreff des Organismus des neuen Verfahrens und des Gegensatzes zu dem bisherigen ergaben, und zwar nicht minder da, wo man

eine umfassende, in sich abgeschlossene Strafprozeß-Ordnung vorzulegen beabsichtigte, als da, wo man um die Einführung des auf die neuerlich zur Anerkennung gelangten Grundsätze gebauten Verfahrens nicht zu lange verzögern zu müssen — durch besondere Gesetze oder Verordnungen, unter Beibehaltung der bisher in Geltung gewesenen Vorschriften, so weit solche den nunmehr angenommenen Grundsätzen nicht widersprechen, das Erforderliche verfügte[1].

Wenn, ungeachtet vielfacher Uebereinstimmung, welche sich aus dem Umstande erklärt, daß man naheliegende Muster und Vorbilder hatte, wo das für uns neue Verfahren, seit längerer Zeit bereits in Uebung und in einzelnen Provinzen deutscher Staaten aus der Gesetzgebung unter der Fremdherrschaft — gewiß mit gutem Grunde — beibehalten war, dennoch auch erhebliche Verschiedenheiten der Auffassungen sich zeigten, so beruht dieß hier noch auf anderen Ursachen, als solchen, welche überall für Abweichungen der Ansichten, auch unter denen, die sich berufen fühlen, in der Sache ihr Urtheil abzugeben, Raum und Gelegenheit darbieten. Man hat die Frage, was durchaus zu billigen ist, in Verbindung mit den Prinzipien des Strafprozesses erörtert — aber gerade dadurch wurde man in ein neues Gebiet von Streitfragen geführt, die dann, je nach der Art der Lösung, weitere Verschiedenheiten der Ansichten zur Folge haben mußten. Nicht blos darüber, ob und was der Anklage- und was der Untersuchungsprozeß nothwendig bedinge oder abweise — sondern vor Allem, was das Wesentliche des einen und andern sei, wie sich in diesem und in jenem die Form zu dem Grundsatze selbst, dem Prinzipe verhalte — machten sich entgegengesetzte Meinungen mit verschiedenen Ergebnissen geltend, und häufig wurde das nur und allein maßgebende Prinzip des Verfahrens überhaupt und die Frage nach Erreichung des gerechten Zweckes durch gerechte Mittel unbeachtet gelassen, oder doch nicht der ihm gebührenden Anerkennung gewürdigt. Es konnte dann auch nicht fehlen, daß dem Rechte fremde politische Ansichten ihren Einfluß zu behaupten suchten, und selbst da, wo das politische Element seine berechtigte Stelle hat, was im Strafverfahren mehr als in irgend einem anderen Theile des Rechtes hervortritt, hat man sich nicht überall von Voreingenommenheit frei zu halten gewußt.

---

[1]) H. A. Zachariä Handbuch des deutschen Strafprozesses, Band II. (1863), S. 63, Not. 6 und 7. Meine kritischen Betrachtungen über den Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die preußischen Staaten vom Jahre 1851, Halle 1852, S. 13, und weitere Nachweisungen daselbst S. 1, Not. 1.

Die Sache könnte, so scheint mir, sehr vereinfacht werden, wenn man sich zunächst über gewisse Ausgangspunkte verständigte, über welche ein Streit gar nicht stattfinden sollte. Dahin gehört vor Allem, daß jedes Verfahren, überhaupt und im besonderen Falle, ein gerechtes sein solle, und daß für das Strafverfahren kein anderer Grundsatz, als für das Strafrecht und für jeden andern Rechtstheil gelte oder bestehe, als eben der des Rechtes oder der Gerechtigkeit. Dieser wahrhafte Grundsatz ist Anfang, Grund, principium und Ende, Zweck, finis für die Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege; davon läßt sich nichts abhandeln, und darf nichts mit Beiseitesetzung desselben an die Stelle gesetzt, nicht von einer andern Grundlage ausgegangen, auf einen andern Zweck hingearbeitet werden, so fern diese nicht, und das wird ja keineswegs bestritten, mit jener vereinbar, ja in derselben nach der Zusammenfassung aller im Begriffe des Ganzen enthaltenen Momente eine wesentliche und berechtigte Stelle einnimmt[2]). Mögen die Gegner die eine oder andere Art der Versuche, das Strafrecht und Verfahren rechtlich zu begründen, anstellen — gewiß fehlt es hier nicht an Veranlassung —, aber den Grundsatz der Gerechtigkeit, und daß es sich überall hier um nicht mehr und nicht weniger, handle, als eben um Recht und Gerechtigkeit, das sollten sie unangetastet lassen, wie denn auch manche derselben, auch ohne dieß ausdrücklich einzuräumen, es doch — nach einer innern und Gewissens-Nöthigung — anerkennen, und nur ausnahmsweise ein bestimmter Widerspruch, unter Geltendmachung eines andern Zweckes (der dem Prinzipe untergeschoben oder von demselben getrennt wird) sich erhebt, während es auch hier gelingen sollte, dem, was sie mit gutem Rechte behaupten und verlangen, auf jener Grundlage die Anerkennung zu gewähren. Oder vielmehr, sie ist da, und wird von uns nicht versagt, aber —

Es soll nicht gemißbilliget werden, wenn der Ausdruck „Prinzip" oder „Grundsatz" auch in einer untergeordneten Bedeutung gebraucht wird, so ferne er auf ein bestimmt und enger begrenztes Gebiet bezogen wird, welches er beherrscht. So mag man von dem Prinzipe des strafrechtlichen Verfahrens, als zum jus publicum gehörig, und demjenigen des bürgerlichen Rechtsverfahrens, wo es auf das jus,

---

[2]) Meine Abhandlung „Ueber die Bedeutung des Strafrechts-Prinzipes für das strafrechtliche Verfahren und den Untersuchungsrichter insbesondere" in v. Jagemann's und Nöllner's „Zeitschrift für deutsches Strafverfahren", Bd. I., S. 291. Meine „Strafrechtstheorien", S. 55. Lehrbuch des Strafprozesses, §. 207, und Archiv des Kriminal-Rechtes 1845, S. 239 ff.

quod ad singulorum utilitatem spectat, ankommt, sprechen und die Folgerungen entwickeln, die sich aus dem einen oder dem andern ergeben; ja man darf dann sogar von Prinzipien in der Mehrheit sprechen, was sonst logisch nicht zugegeben werden sollte, und streng genommen nicht Bedürfniß ist, obschon es wieder nicht gutzuheißen ist, z. B. das Verhandlungs-, das Eventual-Prinzip als Maxime zu bezeichnen, indem man entweder den letzteren Ausdruck an die Stelle des ersteren setzt, oder beide abwechselnd nebeneinander anwendet, anderer eben so dem richtigen Gedanken, wie dem Sprachgebrauche widersprechender Willkürlichkeiten zu geschweigen[3]).

Wenn aber von Prinzipien der Schriftlichkeit, der Mündlichkeit, der Heimlichkeit, der Oeffentlichkeit des Verfahrens oder der Unmittelbarkeit die Rede ist, so sieht man sofort, daß es sich hier nicht um Grundsätze handelt, welche auf den Inhalt einen wesentlichen Einfluß ausüben, denselben so oder anders gestalten, sondern um bestimmte, bei dem Verfahren zu beachtende Methoden, die gewiß von hoher Wichtigkeit sind, und mittelbar, wie in ihren Folgen, allerdings auch auf die Herstellung eines dem Rechte entsprechenden Ergebnisses einwirken können. Man sollte nur niemals außer Augen lassen, daß jene untergeordneten Prinzipien und abgeleiteten Sätze ihre Berechtigung nicht ohne jene erste Grundlage haben, welche als mit dem Zwecke zusammenhängend bezeichnet worden ist, und daß, wenn sie mit nothwendigem Einfluß ein bestimmtes Gebiet beherrschen, dieß immer nur in den Grenzen stattfinden darf, wo sie der Gerechtigkeit dienen.

Seit der Umgestaltung unseres Strafverfahrens aber auf jenen sogenannten Prinzipien hat sich nun ein nicht erst jetzt zur Sprache gebrachter Gegensatz im hohen Maße geltend gemacht, bei dem wir etwas länger verweilen müssen, weil sich daran wichtige Folgerungen für den Gegenstand knüpfen, mit dem wir uns beschäftigen — die Voruntersuchung. An die Stelle des älteren Anklage- oder Akkusations-Prozesses, der, wie er in Deutschland bestand und sich geschichtlich entwickelt hat, doch wesentlich von dem römischen abweicht, war der Untersuchungs- oder Inquisitions-Prozeß getreten, nachdem eine Zeit lang und formell mit gleicher Geltung beide

[3]) Meine Abhandlung in Schletter's Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. VIII. (1862), S. 346, Not. 13.

nebeneinander bestanden hatten[4]). Jetzt haben wir ein Anklageverfahren, mehr oder minder Elemente des Untersuchungs-Verfahrens in sich enthaltend, und der Streit, welcher in unserer Zeit geführt wird, betrifft die Frage, in wie ferne eine solche Verbindung berechtigt, und ob nicht vielmehr zu dem reinen Anklage-Prozesse fortzuschreiten oder zurückzugehen sei, wie dieser wieder in vielfach abweichender Weise dargestellt oder gefordert wird. Unvermeidlich kommt man dann auf die Prinzipien, und so in ein neues Streitgebiet. Man spricht vom Anklage- und Untersuchungs-Prinzipe, und Anklage- und Untersuchungs-Form, auch wohl vom Prinzipe des Anklage- und Untersuchungs-Verfahrens, und wohl mit Recht, nur sollte man sich dabei stets den Zusammenhang vergegenwärtigen, welcher mit dem erstenerwähnten Grundsatze stattfindet, der solche innere Berechtigung hat, daß er Anerkennung fordert, und sich, wo sie verweigert werden sollte, durch die Natur der Sache selbst verschafft, oder die Nichtberücksichtigung schwer empfinden läßt[5]).

Versuchen wir es festzustellen, worüber der Verschiedenheit der Meinungen ohngeachtet eine Uebereinstimmung angenommen oder zu hoffentlicher Verständigung der Weg gebahnt werden sollte. Dieser kann aber selbst nur der der geschichtlichen Entwickelung des Strafrechtes und Verfahrens sein. Indessen ist es hier nicht Bedürfniß, den Gang der Geschichte weiter zu verfolgen, als es der nächste Zweck gebietet, für welchen einige Sätze hervorzuheben sind, die meist zugegeben werden. Wo ein eigentliches Strafrecht auftritt, also der Standpunkt, der blos den Einzelnen treffenden, von diesem oder dessen Angehörigen, der Familie, den Stammgenossen gerächten Verletzung überwunden ist, da macht sich in der beginnenden Rechts-Ordnung des Gemeinwesens, so wie später des Staates, neben der immer maßgebenden und zu keiner Zeit völlig bei Seite zu setzenden Rücksicht auf die dem Beschädigten

---

[4]) H. A. Zachariä Handbuch des deutschen Strafprozesses, Bd. I. (1861), S. 5, Not. 7.

[5]) Die Vertreter der verschiedenen Ansichten werden in der folgenden Darstellung erwähnt werden. Im Allgemeinen möge hier verwiesen werden auf v. Würth Erläuterung der österreichischen Strafprozeß-Ordnung, Wien 1850, S. 64; v. Hye-Glunek Die leitenden Grundsätze der österreichischen Strafprozeß-Ordnung vom Jahre 1853, Wien 1854, S. 22. Beide stimmen mit dem überein, was ich schon früher und unter Anderen auch in der Kritik des preußischen Entwurfes einer Strafprozeß-Ordnung vom Jahre 1851, S. 13 und 97, bemerkt hatte. Siehe noch Lienbacher Anklagegrundsatz und Anklageform, Pest 1857, S. 2; Mittermaier Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, 1845; Zachariä a. a. O. Bd. I. S. 37.

zugefügte Rechtsverletzung, zugleich die andere geltend, daß dann die durch den Frevler verübte schädigende Handlung auch die bürgerliche Rechts-Ordnung nicht nur gefährde, sondern auch wirklich störe, und einen von dieser abzuwehrenden Angriff enthalte. So wie längere Zeit hindurch der erste Gesichtspunkt, bei dem Nebeneinanderbestehen beider, der überwiegende ist, so behauptet er sich auch dann, wenn der zweite als der wichtigere erscheint, noch in einzelnen Fällen und in bestimmten sich forterhaltenden Spuren, was sich unter Andern im Verfahren zeigt. Denn selbst nachdem die Handhabung der öffentlichen Ordnung, des gemeinen Friedens, durch eine öffentliche Autorität erfolgt und das Wesen des Verbrechens in den Bruch des Friedens gesetzt wird, ist der privatrechtliche Charakter der Handlung, — obschon nicht mehr der ausschließende oder vorherrschende, aber doch noch von solcher Bedeutung, daß es zu der Anerkennung des in dem Verbrechen liegenden Unrechtes und der Verletzung des Rechtes, als solchen, nicht kommt, vielmehr nur ein Fortschritt von dem rein privatrechtlichen Prinzipe zu dem öffentlichen angebahnt wird. Hiemit hängt hinsichtlich der Strafen oder der Gegenwirkung, welche den Friedensbrecher trifft — nachdem die reinen, wenigstens in Ueberresten und gewissen Spuren mehr als überall geschichtlich nachweisbaren subjektiven Gegenwirkungen durch Rache (Selbstrache, Blut- und Familienrache) hinweggefallen sind — die Friedlosigkeit zusammen, auf die sich noch lange Zeit hindurch, besonders im germanischen Rechte, alle besonderen Strafarten zurückführen lassen[6]). Ist in der Rache, die sich als Vergeltung — formell, jedoch nicht lediglich als Talion — bethätigt, der Gedanke des Rechtes, nach welchem der Schuldige behandelt wird, wie er selbst gehandelt und verdient hat, wenn auch verhüllt, enthalten, so wird, nachdem dieselbe der öffentlichen Verfolgung weicht, sich der privatrechtliche Charakter theils in dem Anklageprozesse, theils in dem Systeme der Kompositionen bekunden[7]). Daß in der öffentlichen Ankündigung der Fehde schon ein Fortschritt lag gegen die sonstige auch wohl heimliche Rache, hat Biener[8]) treffend nachgewiesen. Die Einführung der Komposition und Buße, obschon diese, zunächst dem Verletzten zufallend, noch die privat-

[6]) Wilda Das Strafrecht der Germanen. Hamburg 1842, S. 278 ff.
[7]) Wilda a. a. O. S. 366 ff. Hälschner Geschichte des brandenburg-preußischen Strafrechtes. Bonn 1855, S. 17, 29, 53. Meine Beiträge zur Geschichte der Strafrechtspflege in Schlesien, in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. XVIII. S. 389.
[8]) Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte. Heft II. S. 24.

rechtliche Auffassung bekundet, wie sie jenem für die erfahrene Verletzung Ersatz und Genugthuung gewährt, auf deren unmittelbare Verfolgung Verzicht geleistet wird, macht schon den Uebergang zu dem öffentlichen Standpunkte des Gemeinwesens und der Geltendmachung der Interessen desselben, — formell zwar noch und lange nachher in der Privatverfolgung durch den in seinem Rechte Verletzten wider den Urheber — wobei die Frage, wie fern die zugefügte Beschädigung ihm als verbrecherisches Unrecht zuzurechnen sei, unberücksichtiget bleibt oder doch in den Hintergrund tritt — also immer im Wege des Anklageprozesses — aber der Sache nach, in so ferne, als in der Entrichtung der Buße ein Bekenntniß der Schuld und Anerkennung des nicht blos gegen den Einzelnen, sondern gegen die Gesammtheit begangenen Unrechtes oder der Friedensstörung liegt. Wenn dann weiter in dem durch die öffentliche Autorität zu verfolgenden Verbrechen sich der höhere Standpunkt der mit dem Strafrechte zusammenfallenden Pflicht ergibt, so führte dies einerseits zu den sogenannten relativen Theorien, andererseits zu dem Untersuchungsprinzipe, und einer mehr polizeilichen als politischen[9]), jedenfalls noch nicht eigentlichen rechtlichen Würdigung und Verfolgung der Schuld, die erst dem Staate auf der Grundlage der Gesittung angehört, wo dann auch der Grundsatz der Gerechtigkeit und die sogenannte absolute Theorie mit allen ihren Konsequenzen sich in einer Weise geltend machen, daß die relative Theorie und das, was der privatrechtlichen Seite angehört, darin, so weit sie mit jenem Grundsatze vereinbar und berechtigt sind, als wesentliche Momente in dem Begriffe des Ganzen ihre Stelle finden. Auch hier sind die Uebergänge oft unmerklich, und gestalten sich, wo sie wahrnehmbar sind, da und dort in den Volksrechten in verschiedener Weise; das neue, und wir wiederholen, höhere Prinzip kommt auf der einen Seite noch nicht rein zur Anerkennung und Geltung, und nimmt nach einem inneren Entwickelungsgesetze manche Folgerungen des ältern in sich auf; und auf der andern Seite äußert es sich in schwachen Anfängen schon früher und unter der Herrschaft des älteren, wie denn schon darin sich dieß bekundet, daß die Buße nicht lediglich an dem Verletzten, sondern ein Theil derselben an den König fällt, und gewisse Verbrechen überhaupt oder unter gewissen Voraussetzungen unlösbar oder unsühnbar sind und mit öffentlicher Strafe geahndet werden[10]).

[9]) Meine Strafrechtstheorien, S. 23, 38.

[10]) Wilda a. a. O. S. 486. Biener a. a. O. S. 29 und die daselbst angeführten Glanvilla, Bracton u. s. w.

So gestaltet sich geschichtlich das Anklageprinzip und das Untersuchungsprinzip; jenes als das ältere, dieses als das neuere im Sinne der Sache selbst, der Erkenntniß der Natur der verbrecherischen Handlung und des Rechtes und der Pflicht, sie „um der Gerechtigkeit und gemeinen Nutzens willen“ zu ahnden [11]). Aber früher ist der privatrechtliche Standpunkt auch maßgebend für die Form; es ist der Anklageprozeß, der beides umfaßt; es wird in der entsprechenden Form das Prinzip geltend gemacht, beide fallen zusammen. Dann macht sich das neu auftauchende Prinzip in der hergebrachten Form geltend, die sich auf geschichtlicher Grundlage und unter gegebenen Voraussetzungen fort erhält, immer mehr jedoch das rein privatrechtliche Prinzip abstreifend, bis sich später ein Standpunkt entwickelt, wo das auch schon längst zur Geltung gelangte Untersuchungsprinzip — der Verfolgung des Verbrechens durch den Staat und von Amtswegen — in der Form des Untersuchungsprozesses sich äußert.

Bei dieser theils ursprünglichen, theils in der Folge wieder hervortretenden Identität des Prinzipes und der Form, so daß das letztere durch ersteres gefordert und bedingt wird, konnte es nicht fehlen, daß neben den Vortheilen, welche die eine und die andere darauf gegründete Verfahrensweise mit sich führte, auch gewisse Nachtheile und Einseitigkeiten, und zwar in dem Maße augenfälliger sich ergaben, als jene Verfahrensweise folgerichtiger und — wenn man dies sagen darf — reiner, d. h. ungemischter von fremden Elementen oder Bestandtheilen, sich entwickelte. So war denn auch bei den Bestrebungen, eine Reform des Verfahrens zu bewirken, es naheliegend, den Versuch einer Verbindung der verschiedenen Grundsätze und Formen und damit der Erreichung der Vorzüge, mit Vermeidung der Mängel beider, zu machen. Dieß ist, auch in neuerer Zeit und ehe wir in das gegenwärtige Stadium eingetreten sind, in verschiedener Weise in mehrfachen, zum Theile nicht überall gelungenen Kombinationen geschehen, deren einige sich, wo sie eingeführt wurden, nur theilweise bewährt haben, andere gar nicht zur Verwirklichung kamen. Es darf dies und was sich über die einer jeden Verfahrensweise und Form eigenthümlichen Vorzüge oder Kehrseiten, über die sich in strenger Folgerichtigkeit ergebenden Bestimmungen und Forderungen bemerken ließe, als bekannt vorausgesetzt, und es soll nichts weiter bemerkt werden, als für die Ausführung un-

[11]) P. G. O. Art. 104.

serer Ansicht unerläßlich ist. Zwar herrscht nicht über Alles, was vorausgesetzt wird, eine Uebereinstimmung der Meinungen; nicht blos gehen letztere in Betreff des Werthes der Anklage- oder der Untersuchungsform und des mit dieser zusammenfallenden Verfahrens auseinander, sondern auch über die Bedeutung der Prinzipien ist Streit, und die Vertheidiger eines und desselben Prinzipes stehen zum Theile auf verschiedenen Standpunkten.

Wir dürfen aber, wenn wir die neuen Prozeß-Ordnungen betrachten, als das Gemeinsame derselben erkennen, daß sie, obschon die Anklageform oder der auf diese gegründete akkusatorische Prozeß, für das dem Urtheile vorausgehende und dieses bestimmende Verfahren — also wenigstens oder jedenfalls für das Hauptverfahren jetzt angenommen ist, doch auf dem Untersuchungs- oder Inquisitions-Prinzipe beruhen[12]). Dieses Prinzip, wie es richtig verstanden werden muß, wobei jeder Gedanke an eine gehässige Nebenbedeutung fern zu halten ist, verdankt seine Geltung der richtigen Erkenntniß der Pflicht des Staates und des entsprechenden Rechtes der Verfolgung des Verbrechens von Amtswegen, d. h. im Interesse des Rechts und der Gerechtigkeit, mit welcher sich allerdings, da nichts anders der Zweck gerechter Ahndung der Schuld ist, auch das Interesse des Gemeinwesens, der bürgerlichen Gesellschaft, ja der einzelnen Betheiligten eben so wahrgenommen findet, als in dem Begriff der gerechten Strafe des Verbrechens, wodurch dem Uebelthäter sein Recht widerfährt, und er behandelt wird, wie er verdient, zugleich die andern in ihren Grenzen berechtigten Momente enthalten sind, auf welche nach dem Gesichtspunkte des Gesammt-Interesses („gemeinen Nutzens") nach manchen Theorien ein besonderer und selbstständiger Werth gelegt wird. Daß es nicht dem Zufalle überlassen bleibt, ob sich ein Ankläger, ob sich Jemand finden werde, der, sei es als Verletzter oder zur Forderung einer Genugthuung Berechtigter, oder als vom Eifer für das öffentliche Wohl erfüllt, sich den Beschwerden, ja Gefahren einer Anklage zu unterziehen geneigt ist, daß die Privatklage, welche übrigens das Inquisitionsprinzip keineswegs ausschließt, zurückgetreten, indem sich das letztere Geltung verschafft hat, muß, gleich wie die richtige, zum Bewußtsein gelangte Erkenntniß des Wesens der gerechten Strafe

---

[12]) Siehe oben Note 5. Auch ist dieß meist in den Motiven oder sonstigen Erklärungen ausgesprochen, und gerade bei Gelegenheit der Voruntersuchung oder mit Rücksicht auf dieselbe; vergl. Schwark in Goltdammer's Archiv für preußisches Strafrecht I. S. 662 ff. Dieterici daselbst II. S. 501 ff.

als ein Fortschritt bezeichnet werden. Damit ist zugleich die amtliche Verfolgung jedes (zur Kenntniß gelangenden) Verbrechens, die Ermittelung der Wahrheit und aller auf die Würdigung der Schuld sich beziehenden Umstände, insbesondere auch was die Zurechnung betrifft[13]), die Fernhaltung von dem Parteistandpunkte gegeben. Dieß hat sich im Laufe der Zeit, und allerdings nicht nur unter dem Einfluße des früheren Inquisitions-Prozesses, sondern so gebildet, daß dieser vielmehr, wie er sich allmälig bei uns gestaltet, erst das Ergebniß des Entwickelungsganges nach inneren Gesetzen ist, und muß als eine nicht wieder aufzugebende Wahrheit festgehalten werden. Es soll damit die Ausartung des bisherigen Untersuchungs-Prozesses weder in Abrede gestellt, noch etwa dieser in Schutz genommen werden. Nur vom Prinzipe ist die Rede, welches ohne einen bedenklichen Rückschritt nicht aufgegeben werden darf. Ich habe wiederholt und längst die Ansicht ausgesprochen[14]), die auch Andere theilen[15]), daß das Untersuchungs- oder Inquisitions-Prinzip nicht zusammenfalle mit dem Prinzipe des Untersuchungs- oder Inquisitions-Prozesses. Läßt sich nun, wie es in unserer Zeit und auf Grund einer nicht zufälligen oder individuellen Ansicht, sondern eines mit Nothwendigkeit sich geltend machenden Entwickelungsgesetzes zur Anerkennung gekommen ist, eine Trennung des Prinzipes und der Form annehmen — gegenüber früherer Identität desselben und unbeschadet der Wahrheit, daß das Prinzip wie jeder Inhalt seine entsprechende Form fordere und sich bilde —, so ist es nunmehr die Aufgabe, zu zeigen und zu rechtfertigen, wie sich das (nothwendig anzuerkennende) Untersuchungs-Prinzip mit der Form des Anklage-Prozesses vereinigen lasse.

Diese Vereinigung, schon früher bevorwortet[16]), ist in der That in unseren neuen deutschen Strafprozeß-Ordnungen beabsichtigt und möglichst durchgeführt; was sich gegen die Bestimmungen der einen oder andern, je nach dem Verhältnisse der größeren oder geringeren Annäherung an das keineswegs unbedingt als Muster oder Vorbild zu empfehlende französische Verfahren erinnern läßt, betrifft diese Frage nur zum Theil. Von blos äußerlicher Verbindung, oder einer solchen, die

---

[13]) Biener a. a. O. S. 28.

[14]) Schon in den kritischen Betrachtungen über den Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg, 1839.

[15]) Biener a. a. O. S. 37, und im Heft I. §. 47 unter Berufung auf meine Ausführung in den „Kritischen Jahrbüchern für Rechtswissenschaft", 1842, S. 680, letzte Note.

[16]) Biener a. a. O. S. 35.

nur um so bedenklicher den Gegensatz der Prinzipien hervortreten ließe, deren Versöhnung bezweckt wird, ist nicht die Rede. Versöhnung meine ich aber nicht in dem Sinne, daß zwei Prinzipien mit gleicher Geltung neben einander anerkannt würden, — dieß ist logisch und thatsächlich unmöglich und führt, wo es versucht wird, unvermeidlich zu Widersprüchen. Ein Prinzip muß das Ganze beherrschen. Daß man dieß erkennt, ergibt sich auch aus den neuerlich aufgestellten Forderungen — hinsichtlich einer ausschließenden und konsequenten Durchführung des Anklage-Grundsatzes, die für unsere Verhältnisse und die jetzt richtig aufgefaßte Aufgabe der vom Staate zu handhabenden Strafgerechtigkeit nicht bevorwortet werden können. Von Einigen geschieht dieß in Folge anderer Bedeutung, die sie dem Anklage-Prinzipe beilegen, von Andern, weil sie von der jetzigen Anklageform einen unstatthaften Schluß auf den Inhalt und dessen Herstellung machen — und überhaupt indem man unter Einmischung politischer Rücksichten von dem Anklage-Prozesse, wie man ihn sich denkt und verlangt, eine besondere Bürgschaft für die individuelle Freiheit und einen Schutz gegen die überwiegende Macht des Staates und der öffentlichen Behörden erwartet, denen man die Grundlagen, welche auch jetzt in der Anklageform die Geltung des Inquisitions-Prinzipes und dessen angeblich unstatthafter Einfluß gewährt, entziehen müsse. Dabei kommt aber das allgemeine und öffentliche Interesse der Gerechtigkeit zu kurz, und wird in eine untergeordnete Stelle gesetzt. Gewiß muß die individuelle bürgerliche Freiheit — nicht sowohl gegen das rechtliche Verfahren, als vielmehr durch dasselbe geschützt werden. Dieß ist aber — wie viel auch in der Anwendung durch Mißverständnisse, falschen Eifer oder Mißbrauch dagegen gefehlt wurde, doch zu keiner Zeit, auch früher und unter der Herrschaft des Inquisitions-Prozesses, verkannt worden [17]). Der erforderliche Schutz wird jedoch nicht ausschließend durch die Weise des Anklage-Prozesses herbeigeführt, welche man von manchen Seiten empfiehlt — und vollends nicht durch Wiederaufnahme jenes überwundenen Prinzipes und die Rückkehr zu dem mehr privatrechtlichen Standpunkte. Und jedenfalls ist jener Schutz, den auch die Vertheidiger einer entgegengesetzten Ansicht

---

[17]) Siehe überhaupt meine Abhandlung: „Beiträge zur Berichtigung einiger Mißverständnisse, welche bei den Verhandlungen über die Strafprozeßreform vorzukommen pflegen", in der angeführten Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. Neue Folge. Bd. I. S. 173 ff., und meine Betrachtungen in Schneider's Krit. Jahrb. f. Rechtswissenschaft. Bd. VIII. S. 673 ff.

nicht vermissen lassen wollen, nur die eine zu berücksichtigende Seite. Nicht minder ist die andere, die wir die objektive nennen können, berechtigt, anerkannt zu werden. Es läßt sich, und zwar je gründlicher und gewissenhafter die Vorbereitungen getroffen werden, auf dem Grunde, den wir als Inquisitions-Prinzip bezeichnen, das Gesammt-Interesse bei Verfolgung des Verbrechens von Amtswegen, unter Entfernung aller partikulären Tendenzen, lediglich um des Rechts und der Gerechtigkeit willen, in Vereinigung mit jener andern Forderung wahrnehmen, und es muß dieß geschehen. Allerdings vermag dieß nur die richtige Organisation des Verfahrens und insbesondere eine Einrichtung vollständig zu ermöglichen, welche die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der unmittelbar vor dem urtheilenden Gericht vor sich gehenden kontradiktorischen Verhandlung gestattet. Aber wir sind deshalb nicht genöthigt, die Vortheile aufzugeben und nicht berechtigt, die wesentlichen Bestimmungen zu verlassen, welche das Strafrechtsprinzip unserer Zeit gleichmäßig auch für das Verfahren gebietet — und keineswegs darf das Verfahren in strafrechtlichen Sachen seiner Würdigkeit und Objektivität verlustig gehen, um als Mittel irgend welcher, noch so wohl gemeinter, politischer Tendenzen zu dienen. Wir sind in Gefahr, gegenüber der Ausartung, die bei dem bisherigen Untersuchungs-Prozesse nicht zu leugnen ist, wenn sie auch nur ausnahmsweise vorkam, in das entgegengesetzte Extrem, und zwar in eine nicht mehr blos ausnahmsweise Richtung zu gerathen. Schon jetzt könnte dieß an einer Reihe von strafrechtlichen Entscheidungen auf Grund einer Prozedur nachgewiesen werden, die sich erst nur entfernt derjenigen vergleichen läßt, welche von den Vertheidigern eines mit dem Anklage-Prinzip zusammenfallenden Prozesses als Anklage-Prozesses, oder des reinen Akkusations-Prozesses beantragt wird. Allerdings beruht dies noch auf einem andern Umstande, welcher sich auch bei einer von der jetzigen abweichenden Weise des Verfahrens vor Einfluß erweisen würde, nämlich der Mitwirkung der Geschwornen, wie diese nun einmal bei uns stattfindet. Es muß immer von Neuem in Erinnerung gebracht werden, daß die in England auf geschichtlichem Boden erwachsenen, aus dem Gemeinde-Zeugniß über das ihr als wahr Bekannte (veredictum) hervorgegangenen Schwurgerichte nicht den Charakter einer Opposition gegen die Regierung oder sonstige Macht hatten und haben — während in Frankreich gerade dies der Grund ihrer Aufnahme war[18]). Auch bei

[18]) Biener Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte. Heft I. Leipzig 1846. S. 53. Vergleiche Wächter Beiträge zur deutschen Geschichte,

uns war dieß überwiegender, wenn auch andere und selbst rechtliche Gründe hinzutraten, die uns nicht nur über manche sonst nicht zu bestreitende Bedenken hinwegheben, sondern es auch zur wenigstens bedingten Nothwendigkeit machen, der Beibehaltung jener Einrichtung (die aber nicht als die ausschließende für Feststellung der Wahrheit gelten kann) das Wort zu reden. Es kommt dann weiter darauf an, sie so zu gestalten, daß sie wirklich dem Rechte dienen [19]).

Obschon im englischen Prozesse immer noch, nicht blos in der Form des Verfahrens, sondern in diesem selbst, sich das akkusatorische Prinzip behauptet, so ist doch, und zwar schon im Mittelalter, dem inquisitorischen Prinzipe mit richtigen Folgerungen Rechnung getragen, und wenn im neueren Prozesse dieß weniger der Fall ist, so hat man bekanntlich die daraus hervorgehenden Mängel genügend erfahren, um eine Abänderung für nothwendig zu erklären; während in Schottland die Uebelstände nicht so hervortreten, und dort, wo sich die Rüge-Jury nicht recht auszubilden vermochte, schon im sechzehnten Jahrhunderte aus fiskalischen Beamten öffentliche Ankläger sich gebildet hatten [20]). Wenn die (zehn) Hauptpunkte, welche Biener [21]) als strenge Konsequenzen des akkusatorischen Prinzipes und dessen Durchführung bis in Einzelnheiten in dem englischen Verfahren aufzählt, dessen herrschende Grundlage noch immer jenes Prinzip sei — unwiderleglich zeigen, welchen Zufälligkeiten es unterliege, ob das Verbrechen rechtlich verfolgt, und so fern dieses der Fall ist, ob ein Strafverfahren im objektiven Sinne, mit Ausschließung aller der hier in Betracht kommenden, dem öffentlichen Rechte fremder Elemente und Einflüsse, stattfinde und demgemäß endlich ein Richterspruch, dessen Inhalt nur das für die vorliegende Handlung maßgebende Recht sei — so wird man billig Bedenken tragen, die Forderungen derjenigen innerlich gerechtfertigt zu finden, welche die Aufnahme von Einrichtungen empfehlen, deren Mängel da, wo solche

---

insbesondere des deutschen Strafrechts. Tübingen 1845. S. 268. Meine Abhandlung: „Zur Lehre vom Beweise und den Schwurgerichten" im Gerichtssaal 1850. II. S. 61.

[19]) Meine Abhandlung: „Ueber die Berechtigung der Neugestaltung des Strafverfahrens zur ferneren Geltung" in den Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht. Bd. VII. S. 113 (Jahrg. 1853).

[20]) Biener a. a. O. S. 46. Glaser: Das englisch-schottische Verfahren übersichtlich dargestellt. Wien 1856. Mittermaier im Gerichtssaal 1849. I. S. 431.

[21]) a. a. O. S. 48. Die treffliche Darstellung, von der hier einen Auszug zu geben nicht angemessen erscheint, darf immer wieder der Aufmerksamkeit empfohlen werden.

bestehen, das entgegengesetzte Verlangen einer Verbesserung veranlassen.

Es schien mir nöthig, dieß vorauszuschicken, um die gründliche Erörterung einer erst mit der Aufnahme des auf die neueren Grundsätze gebauten Verfahrens mehr hervorgetretenen Streitfrage vorzubereiten, welche gerade jetzt eine größere Bedeutung gewinnt, wo gleichzeitig in verschiedenen deutschen Ländern die Entwürfe neuer Strafprozeß-Ordnungen vorgelegt worden sind.

Man darf wohl sagen, auch sie erkennen sämmtlich das Untersuchungs-Prinzip als das unserer Zeit entsprechende berechtigte an, wenn sie gleich bei der Geltendmachung desselben in der Form des Anklage-Prozesses oder bei Annahme der kontradiktorischen öffentlichen mündlichen Verhandlung des akkusatorischen Verfahrens vor einem auf seine Bestimmung beschränkten Gerichte — Recht zu sprechen und nur zu diesem objektiven Zwecke die Verhandlung zu leiten, und dem Gegenüberstehen eines öffentlichen Anklägers (Staatsanwaltes) und des Angeklagten — unter einander in einzelnen Punkten abweichen. Dieß ist namentlich der Fall in Betreff der Frage nach dem richtigen Verhältnisse von Prinzip und Form, und der Weise, den Inhalt, die Wahrheit herzustellen und derjenigen, wie davon im weiteren Verfahren Gebrauch zu machen sei.

Es bezieht sich die Verschiedenheit der Ansichten — jedoch hier weniger unter den Gesetzvorlagen selbst, die eine größere Uebereinstimmung wahrnehmen lassen, als zwischen diesen und den Beurtheilern — auf die Voruntersuchung, deren Zwecke, Umfang und Grenzen. Gegen dieselbe, oder wenigstens deren Führung bis zu einem gewissen Grade der Vollständigkeit, erheben sich so gewichtige Stimmen[22]), daß schon hierin eine Aufforderung zur sorgfältigsten Erwägung der Sache liegt. Man würde die fast bis zur ausgesprochenen Verachtung gehende Abneigung gegen ein dem Rechte dienendes und selbst gerechtes Verfahren kaum erklären können, wenn nicht jene mißverständliche Vorliebe für das Anklage-Prinzip Aufschluß gäbe, wozu dann ferner die

---

[22]) Wenn unter Andern der (ungenannte) Verfasser der beachtenswerthen Schrift: „Die Reform des Strafverfahrens in Bayern", München 1860, Seite 11, die Führung der Voruntersuchung durch einen von der Staatsbehörde völlig unabhängigen Richter als eine Abweichung von dem jetzt angenommenen Systeme und Ueberbleibsel des Inquisitions-Prozesses erklärt, so beruht dieß eben auf der Voraussetzung, daß überhaupt das Inquisitions-Prinzip aufgegeben, und daß jene „nur zum Zwecke haben können, Mittel zur Anklage zu verschaffen."

Besorgniß kommt, es könne dadurch der Schwerpunkt des ganzen Verfahrens in die Voruntersuchung, also in dasjenige gelegt werden, was endlich nach langem Kampfe und angestrengter Arbeit im Gebiete der Wissenschaft und der Gesetzgebung verlassen worden sei — den nicht öffentlichen schriftlichen Inquisitions-Prozeß. Man will die Voruntersuchung, wo möglich, beseitigen, oder doch, wo dieses nicht ausführbar ist, in die engsten Grenzen verweisen, indem man fürchtet und dieses behauptet, es geschehe der mündlich-öffentlichen Hauptverhandlung und deren Bedeutung für das Urtheil in dem Maße Eintrag, als jene, gründlich und erschöpfend geführt, bestimmte Ergebnisse geliefert habe.

Wir werden bei Prüfung dieser und der entgegengesetzten Ansicht von dem auszugehen haben, was der Zweck eines gerechten Strafverfahrens und dessen Aufgabe in unserer Zeit, in dem Staate der Gesittung und bei der jetzt wohl nicht bestrittenen Bedeutung und Bestimmung der Strafe sei. Ueberall handelt es sich um die Gerechtigkeit und die Geltendmachung eines wesentlich als Pflicht zu betrachtenden Rechtes des Staates im öffentlichen Interesse, welches wieder nicht ohne die Gerechtigkeit, und nicht gegen dieselbe wahrgenommen werden kann[23]). Denn das bedarf wohl nicht der Bemerkung, daß immer von einem *gerechten* Verfahren die Rede sei, und daß, wenn der Vorwurf von dem *Mangel* eines solchen bei der Voruntersuchung entlehnt werden sollte, Niemand diese vertheidigen würde. Freilich folgt aber auch daraus zunächst nicht, daß die Einrichtung überhaupt, sondern nur so viel, daß die mangelhafte aufgegeben und eine bessere getroffen werden müßte. Es wäre denn — dieß scheint bei Manchen der ihre Abgeneigtheit bestimmende Gedanke zu sein —, daß dargethan werden könnte, wie auch die, allen Forderungen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit entsprechend, in dem Gesetze angeordnete, in der Anwendung durchgeführte Voruntersuchung nicht anders als auf Kosten der Vorzüge stattfinden könne, welche die Unmittelbarkeit in dem mündlich-öffentlichen kontradiktorischen Hauptverfahren gewähren soll; ich sage sofort: *gewährt*, und zwar gerade um so sicherer, je gründlicher das vorbereitende Verfahren war. Die weitere Betrachtung wird auch zeigen, wie dieses recht eigentlich ein Schutz und der beste gegen Uebereilung, Mißverständnisse, grundlose Anklagen und ungerechtfertigte, immerhin bedenkliche Freisprechungen, vollends Verurtheilungen sei.

---

[23]) Meine Uebersicht der neuen Literatur des Strafverfahrens (in Preußen) in Schletter's Jahrb. Bd. IX. (1863), S. 57 ff.

Es ist richtig, daß die Voruntersuchung, wie sie sich allmälig ausgebildet hat, dem späteren Inquisitions-Prozesse angehöre; sie hat als solche und insbesondere als gerichtliche, keine Stelle in dem eigentlichen und dem älteren Anklage-Prozesse, und so wie das Prinzip dieses letztern sie nicht fordert oder bedingt, so ist sie auch der Form desselben fremd, und zwar ohne daß dabei etwas vermißt wird. Es liegt dies eben so in der Natur des Anklage-Verfahrens und seiner geschichtlichen Entstehung, wie in der entsprechenden Gestalt des Strafrechtes und der Auffassung von der Bestimmung der Strafen. Wo und so lange nicht ein amtliches Einschreiten für nothwendig oder zulässig gehalten wird, ist von irgend einem vorbereitenden Verfahren, welches eine obrigkeitliche, bestimmter eine gerichtliche Behörde veranstaltete, um nach den Ergebnissen ein eigentliches Strafverfahren einzuleiten, oder zu veranlassen, nicht die Rede. Dennoch darf man sich nicht vorstellen, als sei der Sache nach das, was hier unentbehrlich ist, gar nicht vorgekommen. Der römische Anklage-Prozeß beginnt, wie sich versteht, mit der Anklage, genauer mit der Erklärung des Anklägers vor Gericht, daß er nun eine bestimmte Person, und zwar wegen eines bestimmten Verbrechens, verfolgen wolle, womit die Angabe des Tages der Anklage (dici dictio, wenn diese vor den Volks-Komitien stattfinden sollte) verbunden war. In dem Termine selbst wurde zuvörderst der Strafantrag (anquisitio) kurz, ohne nähere Begründung, es wurde die Beschaffenheit des Verbrechens, welches dem Angeklagten zur Last gelegt worden, und die Strafe bezeichnet, und zwar mußte dieß, um den spätern Volksrichtern eine Grundlage und festen Anhaltspunkt für ihre Abstimmung zu geben, an drei aufeinanderfolgenden Markttagen (per trinundinum) wiederholt werden, bis die eigentliche Anklage (quarta accusatio), dann aber so fort und ohne Vertagung mit den rechtlichen Beweisen vorgetragen werden durfte[24]). Die Veränderungen, die mit der Einführung der perpetuae quaestiones eintraten, wie erheblich sie auch waren, hatten auf das, was uns hier beschäftigt, keinen Einfluß. Es kann hier das Verhältniß der postulatio, nominis delatio, accusatio — deren Unterschied oder Zusammenfallen unerörtert bleiben — die Ermittelungen, welche der Vorsteher der besonderen Gerichte über die Persönlichkeit des Anklägers und dessen Zulässigkeit,

[24]) Cic. pro domo Cap. 17. Geib Geschichte des römischen Kriminal-Prozesses, S. 117 ff. Rudorf Römische Rechtsgeschichte, Theil II. S. 428: „Es bedurfte dieser langen Zwischenräume, um die Leidenschaften der beweglichen Menge zu mäßigen."

überhaupt und in diesem Falle und diesem Angeklagten gegenüber anzustellen hatte, die divinatio, wenn mehrere Personen Anspruch machen, als Ankläger auftreten zu dürfen[25]), fallen nicht unter den Gesichtspunkt einer amtlichen Voruntersuchung. Weit später, erst mit dem sich allmälig zur Geltung bringenden Inquisitions-Prinzipe und unter dem Einflusse einer durch das monarchische Prinzip bestimmten Gerichts-Einrichtung und Aemter-Organisation bildet sich eine Art Instruktions-Verfahren, eine Vorbereitung der Sache für die öffentlichen Verhandlungen, wie dieß, wenn auch in anderer Weise als es jetzt genommen wird, bei den quaestiones perpetuae, und zwar um so mehr geboten war, als das Verhältniß des Prätors (des Vorstandes der Quästion) zu den Urtheilern aus dem Volke (judices) ein anderes war, als in der Folge dasjenige der Beamten, welche — wie Geib sagt[26]) — eigentlich für sich instruirten und im Stande waren, jeden etwaigen Mangel, auch in den späteren Stadien des Prozesses, noch nachträglich zu ergänzen. Es war Sache des Anklagenden, der ohnehin durch die subscriptio sich den bekannten Gefahren aussetzte, und dessen Stellung die Gesetze nicht gerade erleichtert hatten, sich mit den nöthigen Beweisen zu versehen und die Herbeischaffung der Beweismittel zum Zwecke der Benützung in dem Verfahren selbst zu besorgen, wie in ähnlicher Weise der Angeklagte und dessen Freunde für Vertheidigung thätig waren. Dabei muß man sich vornehmlich für die frühere Periode der Volksgerichte, aber auch für die nächstfolgende Zeit daran erinnern, wie das Urtheil durchaus nicht lediglich von strengen Beweisen der Thatsachen und der Schuld[27]), sondern von andern zum Theile dem Rechte ganz ferne liegenden Rücksichten bestimmt wurde, wie das Volk oder die Richter durch Gefühl, Mitleid, Abneigung oder Zuneigung, durch politische Einflüße und Vorurtheile, durch das moralische Urtheil über die persönliche Würdigkeit oder Verwerflichkeit des Anklägers oder Angeklagten, über deren Vergangenheit und die Ansprüche auf dankbare Anerkennung der dem Staate geleisteten Dienste oder das Gegentheil ihre Abstimmungen zu begründen und vor ihrem Gewissen zu rechtfertigen wußten, und wie gerade der wichtigste Theil der gerichtlichen Beredtsamkeit und der

---

[25]) Geib a. a. O., S. 266.

[26]) a. a. O., S. 526. Die daselbst gelieferte treffliche Schilderung des von ihm sogenannten Vorverfahrens läßt den Unterschied von der Voruntersuchung in neuem Sinne genügend erkennen. Vergl. insbesondere S. 560, und über mehrere hier in Betracht kommende Momente S. 114, 366, 785.

[27]) Ohne daß an eine gesetzliche Beweistheorie im späteren Sinne zu denken ist.

Werth derselben darin bestand, von Seite des Anklägers und des Vertheidigers in diesem Sinne der Parteitendenz auf die Meinung der Urtheiler zu wirken[28]). Da mußte, wenn schon die Hauptverhandlung gar nicht einmal die Bestimmung hatte, welche ihr, und insbesondere nach der deutschen Anschauung obliegt, zu der Handhabung der Gerechtigkeit, als einer hohen und heiligen Pflicht, beizutragen[29]), und es vielmehr erlaubt und Gebrauch war, die Mittel der Verfolgung und der Vertheidigung von andern und jedenfalls nicht lediglich von Rechtsrücksichten aus zu entlehnen, vollends ein vorbereitendes Verfahren, einen andern Charakter haben, als es jetzt angenommen wird. Indeß schließt dieß begreiflich nicht aus, und wir haben dafür genügende Zeugnisse, daß von den verschiedenen Betheiligten die Zeit vor der eigentlichen öffentlichen Verhandlung der Kriminalsache in einer Weise benutzt wurde, welche die Gerechtigkeit und Gegründetheit der Anklage oder der Vertheidigung für sich hervortreten ließ, wenn auch die andern Hilfsmittel nicht verschmäht wurden[30]). Auch später fällt das, was bei uns Gegenstand der Vorbereitung ist, dem Ankläger und dem Angeklagten anheim, und es wurde dazu die Frist zwischen dem Instruktions- und dem Hauptverfahren benutzt, worin sich der Unterschied noch mehr bekundet[31]).

Wo sich nun der Grundsatz Anerkennung verschafft, daß eine Verfolgung von Amtswegen stattfinden müsse, da wird sich eine Voruntersuchung immer als nothwendig ergeben, so fern nicht mindestens sofort ihrem ganzen Umfange nach erweisliche Fälle vorliegen, und jene wird für die Beantwortung der Frage von Einfluß sein, ob genügender Grund vorhanden sei, gegen eine bestimmte Person einzuschrei-

---

[28]) Geib a. a. O., S. 125. Meine Abhandlung über die Stelle von Paul. sent. rec. V. 4 §. 15 in Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht, Bd. XI. (1863), S. 675.

[29]) Meine Schrift: „Ueber das religiöse Element in der P. G. O." S. 25.

[30]) Da kam es denn auch oft weniger auf einen Beweis an, für den sich, gegenüber der früher freien Würdigung (ex animi sententia) später und für das Verfahren extra ordinem eine Art von „law of evidence" bildete, als auf die Kunst der Rede, das flectere delectare, die deprecatio und in Betreff der Behandlung des Gegners auf das deformare, wovon ich ausführlicher in der Note 28 angeführten Abhandlung gesprochen habe.

[31]) Geib a. a. O., S. 560: „Was nun die Zeit angeht, welche zwischen dem Schlusse des Instruktions-Verfahrens und dem Beginne des eigentlichen Hauptverfahrens in der Mitte lag, so bedarf es kaum der Erinnerung, daß dieselbe fortwährend eben so wie bei den Quaestiones perpetuae von beiden Parteien dazu benützt wurde, um sich auf die bevorstehende Entscheidung ihres Streites, so gut und vollständig es immer anging, vorzubereiten."

ten, oder nicht; was dann, je nach der sonstigen Gestaltung des Prozesses, entweder zu akkusatorischer Verfolgung oder zu der Fortsetzung des Verfahrens, der späteren sogenannten Spezial-Inquisition, führen kann[32]). Und es ist mit Recht bemerkt worden, daß, da es in der Natur der Inquisition liege, daß sie auf Grund der Ueberzeugung des Untersuchenden von der materiellen Wahrheit des Thatbestandes durchgeführt werden muß, alle Verfolgung von Seiten des Staates, sowohl akkusatorische als inquisitorische, auf der Prämisse einer General-Inquisition beruhe[33]). Beide Formen der Verfolgung, durch Anklage und Untersuchung, erscheinen nebeneinander und in verschiedener Kombination (in der P. G. O. ist bei Anerkennung des Untersuchungsgrundsatzes doch der Anklageprozeß vorzugsweise behandelt) bis zuletzt die Form des Inquisitionsprozesses mit dem Prinzipe zugleich überwiegend wird[34]). Hier, wo es nicht mehr auf blos formelle Beweise ankommt, deren Vorbringung der Richter im Anklageverfahren von den Parteien erwartete, sondern auf die durch eigene Nachforschung zu erlangende Ueberzeugung des Richters, wird in der Regel der eigentlichen Anstellung des Prozesses eine Voruntersuchung vorausgehen müssen, wo dann meist die schon in der ersten Periode unerläßliche und ohne Nachtheil nicht aufzuschiebende Herstellung des (objektiven) Thatbestandes in einer Weise, getrennt von der Verfolgung des (wirklichen oder vermuthlichen) Thäters, geschieht, die so nicht in dem Anklageprozesse stattfindet, da hier immer ein bestimmter Angeklagter vorhanden ist, wornach das Beweisverfahren in beider Hinsicht mehr verbunden ist[35]).

---

[32]) Biener Abhandl. II. S. 63: „So finden wir in dem römischen Rechte eine inquisitio veritatis von Seiten der Behörde auf Grund der von Polizei-Beamten erstatteten Berichte gegen die eingelieferten Verbrecher."

[33]) Biener a. a. O. S. 64: Die Eigenthümlichkeiten dieser Verfolgung werden im Allgemeinen als Inquisitionsprinzip bezeichnet.

[34]) Biener a. a. O. Heft I. S. 40: „Die Form des Prozesses, welcher das Inquisitionsprinzip realisirt, kann akkusatorisch oder inquisitorisch sein, und dieser Umstand ist nicht wesentlich entscheidend, sondern der Geist, welcher das Ganze leitet. Der Prozeß der berüchtigten spanischen Ketzer-Inquisition war akkusatorisch, das Revolutions-Tribunal in Frankreich hatte sogar Geschwornen-Gerichte. Ueber beiden aber schwebte der Geist der Andersdenkenden, und dieß führte zu den bekannten Mißbräuchen." Vergl. noch A. Buchner Die französischen Revolutions-Tribunale und das Geschwornengericht. Erlangen 1854.

[35]) Ganz getrennt wird es nach der Natur der Sache nicht oder doch nur selten stattfinden können; und wiederum ist für die Verbindung im Hauptverfahren in akkusatorischer Form das Untersuchungsprinzip kein Hinderniß. Wie die Umstände der besonderen That in eine zeitliche Kontinuität fallen können,

Wenn auch der Gedanke einer Verfolgung der Verbrechen und ſelbſt die auf die amtliche Thätigkeit ſich beziehenden Ausdrücke inquirere, inquisitio dem römiſchen Rechte nicht fremd ſind[36], und was das kanoniſche Recht ſeit den Anordnungen von Innocenz III. enthält, ſo weit es neu war, ſich auf ein beſchränktes Gebiet der Unterſuchungsgegenſtände bezieht (Verfahren gegen eine ganze Korporation super reformatione tam in capite, quam in membris)[37] — ja in der weitern Ausbildung von den Kanoniſten ſelbſt als extraordinarius modus agendi bezeichnet wird[38] — ſo iſt doch die eigentliche Durchführung des Inquiſitionsprinzipes — auch wo noch die Anklageform gebraucht wurde — dem kanoniſchen Rechte zuzuſchreiben, und hier findet ſich zuerſt der Ausdruck inquisitio generalis[39]. Dieß beſonders ſeit Innocenz IV.[40], nach deſſen Beſtimmungen unter andern in dem Falle, wo der Urheber eines notoriſchen Verbrechens unbekannt war, eine von Manchen ſo genannte inquisitio praeparativa ulterius inquisitionis ſtatt, welche, wenn ſich beſtimmte Gründe gegen Einen fanden, zu einer ordentlichen inquisitio contra certam personam führen konnte[41]. Wenn auch die weitere Fortbildung in Italien und in Deutſchland für uns jetzt ſcheinbar nur noch geſchichtliches Intereſſe darbietet, ſo wird man doch, was ſich als berechtigtes Ergebniß in Verbindung mit der noch jetzt anerkannten Geltung, ja Nothwendigkeit des Grundſatzes herausgeſtellt hat, nicht ohne Weiteres aufgeben, und der Lieblings-

---

ſo können auch die auf deren Herſtellung ſich beziehenden Erörterungen in verſchiedene Zeitabſchnitte fallen, und es muß doch zuletzt im Verfahren und im Urtheile Alles in die Einheit der Handlung und ihres Begriffes zuſammengefaßt werden. Siehe mein Lehrbuch des Kriminalprozeſſes, §. 74, und meine Abhandlung „Das richterliche Urtheil" im Archiv des Kriminal-Rechtes, 1856, S. 1.

[36] Stellen bei Biener Beiträge zur Geſchichte des Inquiſitions-Prozeſſes, S. 13 ff., unter andern L. 1. §. 25. D. ad SC. Silan. — L. 1. §. 3. D. ad SC. Turpil. — L. 2. Cod. de abolit. mit L. 14. Cod. de accusat. u. L. 6. Cod. de custod. reor.

[37] Cap. 22. X. de sentent. Cap. 17. 18. 21. 26. X. de accusat.; vgl. Cap. 23. X. de elect.

[38] Biener a. a. O. S. 56.

[39] Biener a. a. O. S. 54. Ueber den Unterſchied der gemeinen inquisitio u. der inquisitio haereticae pravitatis derſelbe S. 61—78.

[40] Welcher, ſchon Papſt, ſeinen apparatus zu den Dekretalen Gregor IX. ſchrieb (ſiehe die vorige Note und Biener S. 34 und 84).

[41] Biener, S. 86, findet hier „die erſte Aufſtellung der noch heutzutage ſo oft beſprochenen inquisitio generalis und specialis", deren Nothwendigkeit Innocenz IV. zuerſt erkannt und ausgeſprochen habe, wie „daß das Synodalverfahren, früher inquisitio genannt, eigentlich nur als Einleitung zu einem ſich daraus entwickelnden ſpeziellen Verfahren anzuſehen iſt."

Idee eines für unsere Verhältnisse keineswegs angemessenen, und die Gerechtigkeit unbefriedigt lassenden Anklageprozesses zum Opfer bringen dürfen.

Ich muß mir versagen, auf Manches näher einzugehen[42]), und wende mich zu dem Standpunkte unserer neueren Strafprozeß-Ordnungen.

Es ist einleuchtend, daß der Charakter der Voruntersuchung in dem jetzigen Verfahren erheblich verschieden sein muß von demjenigen, welchen sie in dem bisherigen Untersuchungsprozesse gehabt hat; sowohl nach deren Bestimmung für sich, als im Verhältnisse zu dem Hauptverfahren und ganz besonders nach dem Gebrauche, der von den durch sie gelieferten Ergebnissen in dem letztern — wenn überhaupt — gemacht werden soll. In dem Inquisitionsprozesse tritt die Voruntersuchung theils nicht überall selbstständig hervor, theils bildet sie, wo es der Fall ist, einen wesentlichen Bestandtheil in dem Gesammt-Organismus des Verfahrens. Schon daß — da hier Alles auf der von Amtswegen durch das Gericht erfolgenden Untersuchung beruht — der Gegensatz der Voruntersuchung und der Haupt- oder Spezial-Untersuchung nicht in einem überall gleichmäßig hervortretenden Unterschiede nach dem Inhalte der Handlungen und der Form, in welcher dieselben vorgenommen werden, sich zeigt, ist hier zu erinnern. In vielen Fällen tritt allerdings der durch eine äußere Sonderung strenger bezeichnete Unterschied der beiden Stadien des Prozesses in sichtbarer Weise hervor, und die bessere Praxis wie die neueren Landesgesetzgebungen, welche noch das frühere Verfahren bestätigten, hatten mit gutem Grunde darauf gehalten, daß, wenigstens bei den im engen Sinne sogenannten Verbrechen, bei den schweren und mit eigentlichen peinlichen Strafen bedrohten Fällen, die Voruntersuchung durch ein gerichtliches (auch wohl obergerichtliches) Dekret oder Urtheil, welches die Versetzung in den Stand der Anschuldigung aussprach, hinübergeleitet werde[43]). Dennoch konnte häufig der Inhalt — wo die Voruntersuchung genügende Ergebnisse geliefert hatte — für das Verfahren in der Hauptuntersuchung der nämliche sein, so daß in dieser letzteren nichts oder doch

---

[42]) Die treffliche Arbeit Biener's überhebt dessen zum Theile (vergleiche meine Betrachtung über dieselbe in den Jahrb. für wissenschaftliche Kritik, 1827, S. 982 ff.); zum Theile war mit Bezug auf Fragen, welche damals (1827) dem Verfasser noch nicht so vorliegen konnten, Manches zu ergänzen und weiter auszuführen.

[43]) Bayrisches Strafgesetzbuch vom Jahre 1813, Theil II., Artikel 98 mit Art. 91, 92 ff. Württembergische Strafprozeß-Ordnung vom J. 1843, Art. 76—81.

wenig Neues festgestellt wurde — wie namentlich überall, wo der objektive Thatbestand schon in der ersten Periode zur Erörterung kommen mußte, wo gerichtlicher Augenschein, Sicherung der sonst durch den Einfluß der Zeit erlöschenden Spuren und erheblichen Merkmale, Prüfung und Begutachtung durch Sachverständige geboten waren. Bei dem schriftlichen nicht öffentlichen Verfahren und der durch dessen ganze Einrichtung bedingten Nothwendigkeit, daß das, lediglich nach den aktenmäßigen Aufzeichnungen (ohne die jetzt sogenannte Unmittelbarkeit) erfolgende Rechtserkenntniß von einem andern, als dem untersuchenden Gerichte geschöpft werden mußte, schien jene Trennung, die Veranstaltung der feierlichen Untersuchung und des artikulirten Verhöres selbst dann geboten im Interesse der Sicherheit und der Gründlichkeit, wenn diese auch rücksichtlich des Inhaltes sich nur als wiederholte Darlegung des bereits anderweitig Ermittelten erzeigte. Sonst aber konnte entweder die Voruntersuchung hinreichen, um — in geringeren Fällen — schon ein Endurtheil zu begründen, oder sie ging mehr oder minder unmerklich und ohne sichtbare äußere Trennung in die Haupt- und Spezial-Untersuchung über. Die Praxis der Gerichte war je nach den verschiedenen Ländern eine ungleiche [44]).

So wichtig und unerläßlich nun auch das Verfahren, welches wir mit jenem Namen bezeichnen, in dem eigentlichen Untersuchungsprozesse ist, so verliert es doch nicht seine Bedeutung in dem Verfahren nach den neueren Grundsätzen. Ja wenn wir diesem die Benennung des Anklageprozesses geben, wozu man berechtigt ist, so fern man nur die Form des Hauptverfahrens im Auge behält, so tritt, wo eine Voruntersuchung stattfindet [45]), diese im Gegensatze zu jener weit bestimmter

---

[44]) Zum Theile hängt dieß zusammen mit den verschiedenen Bedeutungen, in welchen man inquisitio generalis und specialis nahm, so wie dem sich allmälig bildenden Mittelgliede der inquisitio summaria, welches Einige zu jener, Andere zu dieser rechneten — Erstere insbesondere, wo darauf hin ein Urtheil sollte gefällt werden können, oder nach der Unterscheidung der inquisitio praeparatoria, summaria, die schon die eigentliche Untersuchung gegen den in den Anschuldigungszustand Versetzten enthielt, und specialis, deren Charakteristisches das feierliche Schluß- und beziehungsweise artikulirte Verhör war. Die Praktiker und die Gesetzgebungen stehen hier auf verschiedenen Standpunkten, der sonst noch vorkommenden Mißverständnisse nicht zu gedenken. Vergl. Biener Beiträge zur Geschichte des Inquisitions-Prozesses, S. 161 ff., meine Geschichte der brandenburgisch-preußischen Strafgesetzgebung, S. 85, 93, 197, mein Lehrbuch des Kriminal-Prozesses, S. 154, 155 ff., Müller's Lehrbuch, §. 179 ff.

[45]) Dieß muß, nach den neuen Strafprozeß-Ordnungen, bei Verbrechen im engeren Sinne und in Schwurgerichtsfällen stets, es kann nach den Umstän-

hervor, und eben daran knüpfen sich die verschiedenen Forderungen, billigende oder verwerfende Urtheile. Allerdings ist jenes Anklageverfahren, wie es nun einmal hier die Form ist, in welcher das Untersuchungsprinzip zur Geltung gelangt, durchaus verschieden von dem akkusatorischen Prozesse, den Manche bevorworten, und gegen den ich mich geglaubt habe erklären zu müssen, und die ganze folgende Darstellung geht von der Beibehaltung des Grundsatzes aus, auf welchem unser gegenwärtiges Verfahren beruht, der ohne eine Verkennung dessen, worauf es bei Uebung der Gerechtigkeit ankommt, nicht aufgegeben werden darf. Ja die jetzige preußische Gesetzgebung, welche in dieser Hinsicht von den andern gleichzeitigen und spätern neuen, so wie den neuesten Entwürfen nicht abweicht, bedient sich sogar des Ausdruckes „Untersuchung" schon in der allgemeinen Bezeichnung[46]), und läßt den Standpunkt, den sie einnimmt, eben so genügend erkennen, wie sie den Grundsatz in Uebereinstimmung mit den Gesetzgebungen anderer deutscher Länder durchführt. Es würde daher, so fern man auf den Namen oder die Ueberschrift des Gesetzes sieht, keinen Unterschied machen, daß die übrigen, mit Vermeidung jener Bezeichnung, sich als „Strafprozeß-Ordnungen" ankündigen, was auch der (zurückgelegte) preußische Entwurf vom Jahre 1851 gethan hat. Ohnehin ist der Inhalt maßgebend, mit dem wir uns näher beschäftigen. Zwar, um dieß gleich hier zu erwähnen, wird sie §. 1 mit der Bestimmung eröffnet: „Die Gerichte sollen bei Einleitung und Führung der Untersuchungen wegen einer Gesetzesübertretung nicht ferner von Amtswegen, sondern nur auf erhobene Anklage einschreiten." Aber abgesehen von den Erinnerungen, welche sich gegen die (nur zum Theile durch Rücksicht auf die übrigens beibehaltene Kriminal-Ordnung erklärliche) Fassung des Satzes machen lassen[47]), so ergibt schon der Satz selbst, daß doch ferner Untersuchungen eingeleitet und geführt werden sollen; die Staatsanwaltschaft soll nur dazu die Anregung und Veranlassung geben, so daß der Grundsatz der Verfolgung von Amtswegen keineswegs aufgegeben, vielmehr durch zweckmäßige Vertheilung der verschiedenen Thätigkeiten an besondere

---

den bei Vergehen, und soll nicht bei bloßen Uebertretungen geschehen — überall mit mehr oder weniger Modifikationen.

[46]) Verordnung vom 3. Jänner 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschwornen in Untersuchungssachen. Vergleiche meine Betrachtungen über dieselbe, S. 76 ff.

[47]) Meine Schrift: Der Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die preußischen Staaten, mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungen anderer deutscher Staaten kritisch bearbeitet. Halle 1852. Einleitung.

hiefür bestimmte Organe um so sicherer wahrgenommen würde. Man kann darüber anderer Meinung sein, ob diese erste Anregung, welche, wenn sie von Erfolg ist, zunächst ein vorbereitendes Verfahren und dann die eigentliche Voruntersuchung herbeiführt, passend schon als Anklage bezeichnet wird. Ich möchte mich dagegen aussprechen, da die eigentliche Anklage erst in einer spätern Periode und nach vorgängiger gerichtlicher Beschlußfassung stattfindet. Jedenfalls ist hier auf den Ausdruck „erhobene Anklage" nicht zu viel Gewicht zu legen und nicht an eine Folgerung zu denken, für welche der Gesammt-Inhalt des Gesetzes (und dieß gilt von allen neuen Strafprozeß-Ordnungen) keinen Raum läßt.

Wird nun eine Thätigkeit des Gerichtes durch die bei ihm gestellten Anträge veranlaßt, zuvörderst nur die Grundlage für die zu entscheidende Vorfrage zu gewinnen suchen, ob überhaupt eine strafbare Handlung, und eine solche, die von Amtswegen zu verfolgen ist, und ferner ob genügender Verdacht gegen eine gewisse Person vorliege, um dieselbe zur Verantwortung zu ziehen — so ergibt sich hiefür die Nothwendigkeit eines rechtlichen Untersuchungsverfahrens, welches theils vorbereitend, theils in die Sache eingehend sein kann. Wie immer hier auch die Befugnisse der Staatsanwaltschaft[48]) im Verhältnisse zu dem untersuchenden oder instruirenden Richter bestimmt sein mögen — das Charakteristische dieses Verfahrens, der Voruntersuchung, wird die Durchführung des inquisitorischen Prinzipes in inquisitorischer Form sein[49]). Hiernach ist denn auch z. B. von Faustin Hélie und Andern

---

[48]) Siehe über die Literatur: Zachariä a. a. O. I., S. 409 mit II., S. 61 ff.

[49]) Die Gesetzgebungen sind auch in dieser Beziehung untereinander abweichend. Einige beschränken den Staatsanwalt auf zu stellende Anträge bei dem Gerichte, und gestatten jenem nur ausnahmsweise und wo es dringend geboten ist, jede Zeitversäumniß zu vermeiden, ein eigenes Eingreifen durch Vornahme und Veranstaltung bestimmter, sonst dem Gerichte zugewiesener Handlungen; andere wollen, gegenüber der Ansicht, daß dem einmal durch den Antrag mit der Sache befaßten Gerichte nunmehr auch eine möglichst freie, auf Ermittelung der Wahrheit sich beziehende Thätigkeit eingeräumt werde, — vielmehr dem Staatsanwalte umfassende Befugnisse beigelegt wissen, wie denn auch vorgeschlagen worden, diesem eben so die Hauptthätigkeit für seine Vorbereitung zu dem akkusatorischen Verfahren zu überlassen, als dieses im alten (und mehr auf privatrechtlichem Standpunkte stehenden) Anklageprozesse der Fall war. Es steht dieß in Verbindung mit der hier nicht weiter zu erörternden Frage über die Stellung der Staatsanwaltschaft überhaupt, worüber bekanntlich noch nicht abgeschlossen ist. Nach dem, was ich bisher ausgeführt habe, muß ich es für rathsam halten, die fraglichen Handlungen in der Regel dem Gerichte zuzuweisen, wodurch eine größere Sicherheit, Autorität, und vor Allem Unparteilichkeit erreicht wird. Dem Prinzipe, für

ausgesprochen worden, es sei dieselbe ein dem Anklageprozesse vorausgehender Theil des alten Inquisitionsprozesses — was sich mit der neueren Auffassung (in Deutschland) nicht vereinigen lasse. Es sind dann verschiedene Erklärungsversuche gemacht worden, entweder um zu zeigen, daß jener Gegensatz oder Widerspruch so wenig bestehe als die Folgerung, daß zu dem solchergestalt beibehaltenen Inquisitions-Prozesse nur eine Schlußverhandlung in akkusatorischer Form hinzutrete — oder um gerade dieß als berechtigt hinzustellen. Und zu diesem Ergebnisse kann man gelangen, ohne dem Verfahren den Vorwurf zuzuziehen, es sei aus ungleichartigen Bestandtheilen zusammengesetzt — freilich nur, wenn man als durchgreifendes Prinzip das aufstellt, welches die Verfolgung von Amtswegen im Interesse der Gerechtigkeit und der Gesammtheit eben so fordert, wie in dem Verbrechen neben der etwaigen Verletzung des Einzelnen in seiner Person und seinem Rechtskreise eine Störung der öffentlichen Ordnung enthalten ist[50]). Gewiß, die Ausübung, ja die Nothwendigkeit der Strafgewalt hat, indem sie durch den Staat und von Amtswegen erfolgt, ihre politische Seite, aber nicht minder auch ihre rechtliche, und zwar so, daß das Recht die Grundlage, und dessen Geltendmachung der Zweck ist; man kann weder

---

das wir uns erklären, entspricht dieß vollständig, ohne dem nachfolgenden Anklage-Verfahren Eintrag zu thun. Vergleiche unter Andern in den „Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages" (Berlin 1862. I. S. 3) die Gutachten von Dorn, Geßler, Heintze; dann v. Stemann in Goltdammer's Archiv VIII. S. 41.

[50]) Der Vorschlag, statt der Bezeichnungen akkusatorisches- und inquisitorisches Prinzip, welche sich auf die Verfolgung der Verbrechen vom privatrechtlichen Standpunkte aus, und von dem politischen Standpunkte aus — von Staatswegen beziehen — aber leicht mißverstanden werden könnten — wie es denn z. B. eine anscheinende Paradoxie sei, „daß die Verfolgung durch den öffentlichen Ankläger dem Inquisitions-Prinzipe angehöre", zu sagen privatrechtliches und politisches Prinzip, welchen Biener im Gerichtssaal 1855 I. S. 410 macht, scheint nicht geeignet, alle Mißverständnisse zu entfernen, und das, worauf es ankommt, genügend auszudrücken. Mag immerhin unter „Akkusations-Prozeß", wie bisher, das älteste auf dem privatrechtlichen Standpunkte ruhende Anklageverfahren, unter „Inquisitions-Prozeß" das kanonische Untersuchungsverfahren" verstanden werden, welche „beide Prozeßverfahren in der Form und in ihren Grundsätzen richtig entgegengesetzte Extreme bilden" — es ist damit dem fortgeschrittenen Standpunkte noch nicht Genüge geleistet. Vollends ist wohl nicht zuzugeben, daß, während dem Anklage-Prozesse „die Verhandlungsmaxime und der Grundsatz des Verzichtes" beigelegt wird, dennoch derselbe als der absoluten Theorie entsprechend bezeichnet werde, wogegen dem andern Prinzipe der Zusammenhang mit relativen, polizeilichen und politischen Theorien zugeschrieben wird. So weit dieses, insbesondere das Letztere, richtig ist, gehört es nur einem geschichtlichen Durchgangsmomente an.

zugeben, daß in dem privatrechtlichen Anklageverfahren der Gesichtspunkt des Rechtes der allein maßgebende sei, noch daß in dem andern sich derjenige der Gerechtigkeit weniger oder nur neben der sogenannten politischen geltend mache. Im Gegentheile, erst im Staate kommt der Begriff der Strafe (entsprechend der Auffassung des Verbrechens) in der Zusammenfassung aller seiner Momente, und mit diesem die alle diese auf dem Grundsatze der Gerechtigkeit vereinigende wahrhafte Theorie zur wirksamen Anerkennung [51]). Damit ist denn auch ein Verfahren geboten, dessen Form geschichtlich sich verschieden gestaltet, dessen Inhalt und Zweck aber die Gerechtigkeit im objektiven Sinne und dasjenige ist, was wir als Untersuchungsgrundsatz bezeichnen.

Von hier aus wird sich nun weiter ergeben, welche Bedeutung und welcher Umfang der Voruntersuchung beizulegen sei. Der Streit, den wir berühren, betrifft die Frage, ob jene, dem eigentlichen und für die richterliche Entscheidung allein in Betracht kommenden Verfahren vorausgehend, einen gewissen Grad von Vollständigkeit erreichen, oder ob sie nur so viel herstellen solle, als zur Begründung einer Anklage und Vorbereitung des mündlichen Hauptverfahrens erforderlich ist.

Diese häufig streng einander entgegengesetzten Bestimmungen lassen eine Deutung zu, und die Praxis bestätigt dieß, welche zum gleichen Resultate führt, und es wäre zu wünschen, daß man sich dieß zum rechten Bewußtsein brächte, wodurch die sonst möglichen Einseitigkeiten vermieden werden. Wenn ich die möglichste Vollständigkeit allerdings in einer Weise fordere, welche mehr leistet, als nur eben die Anklage zu begründen, so soll damit nicht für die Voruntersuchung der frühere förmliche Inquisitions-Prozeß bevorwortet werden; aber die unerläßliche gehörige Begründung der Anklage verlangt allerdings ein näheres Eingehen, als Manche einräumen wollen, indem sie theils die bereits widerlegte Besorgniß hegen, und zwar nicht blos die Vertheidiger jenes akkusatorischen Verfahrens, das uns fremd ist, theils die Worte der hier meist übereinstimmenden Gesetze in einer zu enge begrenzten Bedeutung nehmen [52]), insbesondere indem sie ein Verbot für die weitergehende Nachforschung finden, welches weder in der behaupteten Weise besteht, noch, wenn dieß der Fall wäre, überall beob-

[51]) Strafrechtstheorien, S. 26, 55.

[52]) Meine angeführte Kritik des preußischen Entwurfes und den daselbst angeführten thüringischen Entwurf, Art. 195, u. österreichische Strafprozeß-Ordnung vom Jahre 1850, §. 225.

achtet werden kann. Wir werden dieß zeigen, und zugleich aus dem Zusammenhange der Vorschriften der Strafprozeß-Ordnungen selbst nachweisen, daß die Absicht nicht dahin gehen konnte, da eine Grenze für die Thätigkeit zu setzen, wo sie der Natur der Sache nach gar nicht, oder doch nur selten bestimmt werden kann. Hiezu kommt, daß auch Rechtsgründe, und zwar auch solche, die im Interesse des zu Verfolgenden aufgestellt werden müssen, unsere Ansicht unterstützen.

Die zwei verschiedenen Methoden, nach welchen das Ziel der Voruntersuchung bestimmt wird, beruhen auf den Auffassungen derselben, einerseits des inquisitorischen Standpunktes, der eine möglichste Vollständigkeit dem Inhalte nach bedingt, andererseits als Vorbereitung der akkusatorischen Verfolgung[53]). Aber zuletzt ist doch immer die Voruntersuchung Mittel zum Zwecke, und es muß sich Alles auf diese öffentliche, die amtliche, Verfolgung zurückführen lassen. Die Gesetzgebungen haben zwar bald mehr die eine, bald mehr die andere Auffassung ausgesprochen, aber selbst bei dem Ueberwiegen derjenigen, die wir als die akkusatorische bezeichnen wollen, ist der Sache nach mit gutem Grunde, der Form nach, zum Theil nicht ganz folgerichtig, dem inquisitorischen Prinzipe mehr Rechnung getragen, und ohngeachtet der vorausgeschickten allgemeinen, jene (unstatthafte) Beschränkung enthaltenden Bestimmung findet sich eine Reihe von Vorschriften, welche ein Ueberschreiten der gezogenen Grenzen entweder geradezu gebieten, oder doch zur Folge haben müssen.

Das Gemeinsame ist, unter Festhaltung des Zweckes aller öffentlichen Strafgerechtigkeitspflege — der also auch die hiezu nothwendigen Schritte bedingt — nur mit Unterschieden der Form ihrer Vornahme und der hiezu beauftragten Organe — die Vorbereitung, die zum Theil der Kriminal-Polizei anheimfällt — die General- oder Voruntersuchung, welche man als ein spezielles, gegen eine bestimmte Person (oder Mehrere) gerichtes inquisitorisches Verfahren betrachten kann, dem schließlich der eigentliche definitive Kriminal-Prozeß, und zwar jetzt in akkusatorischer Form folgt, indem der Staatsanwalt als öffentlicher An-

[53]) Z. B. preußische Verordnung, §. 44: „Der Zweck der Voruntersuchung ist: „die Existenz und Natur des angezeigten Verbrechens, so wie die Person des Thäters und die zu seiner Ueberführung dienenden Beweismittel so weit zu erforschen und festzustellen, als dies zur Begründung einer Anklage und zur Vorbereitung der mündlichen Hauptverhandlung erforderlich erscheint. Der Untersuchungsrichter hat daher seine Nachforschungen nicht weiter auszudehnen, als dieser Zweck es nothwendig macht." Siehe hierzu Oppenhof's Strafverfahren.

Kläger auftritt [54]). Daß in diesem letzten Theile des Verfahrens der Schwerpunkt liege, d. h. daß nur, was hier zur Verhandlung kommt, die Grundlage für das von den Richtern, in deren Gegenwart dieselbe stattfindet, zu fällende Erkenntniß darbiete, möge hier schon, um den sonst naheliegenden Einwänden zu begegnen, die man gegen die Voruntersuchung überhaupt und deren Gründlichkeit vorzubringen pflegt, bemerkt werden.

Die beiden verschiedenen Bestimmungen könnte man als von vorne herein aufgestellte, für das Verfahren maßgebende Grundsätze (Prinzipien — im vorerwähnten abgeleiteten Sinne) oder als Vordersätze bezeichnen, aus denen sich gewisse Folgerungen nothwendig ergeben. Daß dieses dennoch nicht der Fall ist, oder genauer zu sprechen, daß nicht in allen unseren Prozeß-Ordnungen die ausnahmslose folgerichtige Durchführung stattfindet, erklärt sich aus dem Umstande, daß keineswegs die jenen untergeordneten Sätzen zu Grunde liegenden verschiedenen Prinzipien, dort das akkusatorische, hier das inquisitorische anerkannt sind, daß vielmehr der durchgreifende und alles Andere viel mehr bestimmende Grundsatz eben der einer amtlichen Verfolgung im objektiven Interesse ist, wornach für die Ermittelung der (sogenannten materiellen) Wahrheit gesorgt werden muß [55]). Schon dieß ist von großer Wichtigkeit und hat insbesondere Einfluß auf die Stellung des

---

[54]) Die Begründung dieser drei Abtheilungen des Verfahrens, welche genau zu sondern, durch förmliche gerichtliche Dekrete abzuschließen und zum Uebergange in die nächste einzuleiten, und wobei die Trennung der verschiedenen Funktionen, jede eigenen Organe übertragen, eine Gewähr gegen Einseitigkeit und Parteilichkeit gibt, zugleich aber diese auch nach andern Rücksichten gebotene Theilung der Arbeit, auf das Ganze, die Einheit der Handlung, und den Zweck, gerechte Handhabung der Gesetze, gleichmäßige Wahrnehmung des Rechtes des Staates und desjenigen der individuellen Freiheit, bezogen und also stets in dem organischen Zusammenhange gehalten werden muß, kann hier nicht weiter gegeben werden. Die Betrachtung des geschichtlichen Ganges, dessen Ergebniß vorliegt, und der aus der Natur der Sache, auf bestehenden Voraussetzungen, sich ergebenden Bestimmungen führen hier im Ganzen zu übereinstimmenden Ergebnissen. Vgl. Biener Beiträge II. S. 90 ff.

[55]) Schon in der angeführten Schrift über den preußischen Entwurf durfte ich die Fassung des bayrischen Gesetzes vom 18. November 1848 und der österreichischen Strafprozeß-Ordnung von 1850, §. 87, für meine Ansicht anführen. Jener §. 87 ist fast wörtlich in den neuen Entwurf, §. 101, übergegangen. Das bayrische Gesetz hatte Art. 30 bestimmt: „Die Beweise gegen den Thäter sind hiebei so weit zu erheben, als es zur näheren Begründung des Verdachtes und zur Vorbereitung einer erschöpfenden Verhandlung vor dem Strafgerichte erforderlich ist. Bei Verfolgung dieses Zweckes hat der Untersuchungsrichter schädliche Oberflächlichkeiten bei erheblichen Punkten — zu vermeiden." Meine Schrift S. 100, Not. 113; S. 101, Not. 116; S. 103, Not, 119.

Staatsanwaltes und den Umfang seiner Thätigkeit in dem vorbereitenden Verfahren. Wäre diese, wie in dem reinen Anklageprozesse, lediglich auf seine (übrigens berechtigte, einseitige und parteiische) Auffassung und Aufgabe beschränkt, so läge kein Grund vor, ihm eine größere unmittelbare Mitwirkung einzuräumen, und man könnte ihm allein überlassen, wie weit er in seinen Erhebungen und der Vornahme oder Veranlassung bestimmter Handlungen zu gehen für angemessen erachtet, sei es, um nur die Anklage vorzubereiten, sei es, um deren erfolgreiche Durchführung möglichst zu sichern. So ist es nicht, vielmehr stimmen darin alle neuen Gesetzgebungen überein, daß schon in der Voruntersuchung sich das Streben nach Herstellung der Wahrheit bethätigen solle. Daher ist der mit derselben beauftragte Untersuchungs- oder Inquisitions-Richter mit mehr oder weniger ihm zugestandener Unabhängigkeit von den Anträgen der Staatsanwaltschaft befugt, ja verpflichtet, weiter zu gehen, zunächst in so ferne, als er auch die Vertheidigung des Verdächtigen oder Bezichtigten, überhaupt das ihm Günstige — kurz die Wahrheit — wie sie sich herausstellt — berücksichtigen und aktenmäßig zu machen hat. Ich möchte jedoch, ohngeachtet dieses inquisitorischen Standpunktes, welchen der untersuchende Richter, als im Namen und Auftrage des Staates handelnd, einnimmt, nicht unbedingt behaupten, daß er die Funktion des Anklägers [56]) in dieser Periode ausübe, selbst dann nicht, wenn jene auf Ermittelung der Wahrheit gerichtete Thätigkeit zu Ergebnissen führte, welche den Staatsanwalt bestimmen könnte, die später wirklich zu stellende Anklage anders und in einer Weise zu begründen und demzufolge Anträge zu stellen, die, den ursprünglichen gegenüber, den Verdächtigen noch mehr beschweren.

Bei den verschiedenen hier zulässigen Betrachtungsweisen könnte man freilich auch jenes Weitergehen mit dem Anklageprinzipe vereinbar finden. Der nur im Namen des Staates und somit im öffentlichen Interesse auftretende Staatsanwalt soll und will ja — und eben dieß macht einen Hauptgegensatz aus gegen das mehr private oder individuell-rechtliche akkusatorische Prinzip, dem wir die Berechtigung für unsere Zeit absprechen — keine andere, als eine begründete gerechte Anklage anstellen [57]). Belehrt ihn die Voruntersuchung in ihrer Aus-

---

[56]) So drückt sich Biener a. a. O. I. S. 95 aus. Vergl. noch Dieterici in Goltdammer's Archiv. Bd. IV. S. 190.

[57]) Darauf hinweisende Bestimmungen enthalten alle Strafprozeß-Ordnungen. Meine Betrachtungen über die Brdg. v. 3. Jän. 1849, S. 86. Plank Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der

dehnung auf die reine Wahrheit und auf das, was dem zu Belangenden günstig sein kann, daß sein Verdacht ungegründet, seine Voraussetzung unrichtig war, daß der zur Verantwortung zu Ziehende gar nicht, oder nur wegen einer geringern Begangenschaft in Anklagestand zu setzen sei, so wird er pflichtmäßig sich hiedurch bestimmen lassen. Eben so, was zum Theil noch unter einen andern Gesichtspunkt fällt, wie bei dem reinen Anklageprozeß auch der Ankläger, insbesondere der Privat-Ankläger, für sein weiteres Verhalten als entscheidend gelten lassen muß, wenn das Ergebniß der auf die eine oder andere Art vorgenommenen vorbereitenden Handlungen ein solches ist, wonach, ohngeachtet des nicht beseitigten Verdachtes der verbrecherischen Schuld doch keinerlei Beweismittel ausfindig gemacht worden sind, welche zu einer Ueberführung des seine Schuld in Abrede Stellenden geeignet wären.

Wo es sich lediglich um die Vorbereitung der Anklage handelt, würde eine Vernehmung des Verdächtigen oder Schuldigen nicht nothwendig, selbst nicht zulässig sein. Sie wäre kein Bedürfniß, da ja nicht unmittelbar schon gegen ihn, sondern nur eben im Interesse des Staatsanwaltes, der aber noch nicht als Ankläger aufgetreten ist, informatorisch verfahren wird. Eben darum bedürfte es derselben auch nicht zu seiner Vertheidigung; es könnte ihm eine Vernehmlassung eben so wenig zugemuthet, als irgend ein ihn beeinträchtigender präjudizieller Schritt gerechtfertiget werden. Dennoch findet nicht nur meist die Gestattung und Vernehmung schon hier statt, sondern es wird auch die Zulassung eines Vertheidigers schon in dieser Periode gerade von denen verlangt, die sich sonst auf dem Standpunkte des Anklage-Verfahrens halten. Allerdings lassen die meisten neueren Gesetze, ohngeachtet sie von dem entgegengesetzten Standpunkte ausgehen, den Vertheidiger erst dann zu, wenn nach dem Schlusse der Voruntersuchung die Versetzung in den Anklagestand erfolgt ist, und es soll dieß dadurch gerechtfertigt werden, daß es sich ja nur um die Vorbereitung der Anklage handle. Indessen steht grundsätzlich so wenig der Zulassung eines Rechtsbeistandes etwas entgegen, als dieß in dem bisherigen Untersuchungsverfahren der Fall war, welches unter andern eine eigene defensio pro avertenda inquisitione speciali kannte. Es versteht sich, daß von allen diesem nur die Rede ist, wenn der Beschuldigte sich in Haft befindet.

---

neueren Strafprozeß-Ordnungen seit 1848. Göttingen 1857, S. 157 ff., 205 ff., 213, 215.

Außerdem ist er ja nicht gehindert, sich eines Beistandes zu bedienen, um dessen rechtlichen Rath zu brauchen oder durch denselben Anträge, Mittheilungen, Beschwerden zur Kenntniß des Gerichtes zu bringen. In jenem Falle dagegen dürfte es um so mehr billig, ja durch die Gerechtigkeit geboten sein, der doch nicht auszuschließenden Einwirkung des Staatsanwaltes eine Gegenwirkung durch den rechtskundigen Vertheidiger zur Seite zu stellen[58]), als es oft darauf ankommt, theils von vornherein einer ordentlichen Anklage zu begegnen, theils Schutzhandlungen vorzunehmen oder vorzubereiten, für welche der günstige Zeitpunkt nicht versäumt werden soll, und als der Verhaftete ohnehin sich in einer Lage befindet, die zu seinem Nachtheile gemißbraucht werden könnte. Diese aus dem favor defensionis sich ergebende Vorsicht kann man anstreben, ohne überall ein Mißtrauen auszusprechen, obschon es rathsam und gewiß würdig ist, Alles zu entfernen, was auch nur Anlaß zu solchem geben könnte. Der Besorgniß, daß auf diese Weise die Durchführung der Untersuchung gehindert oder erschwert werden möchte, läßt sich ja wohl begegnen[59]).

Ueber die Nothwendigkeit der Erhebung und Feststellung des objektiven Thatbestandes ist keine Verschiedenheit der Ansichten; das eine und das andere System führen hier zu gleichem Ergebniß. Wenn in der jetzt angenommenen Weise der mündlichen Hauptverhandlung von dem, was durch den gerichtlichen Augenschein, durch die Beobachtungen und beziehungsweise die angestellten technischen Prüfungen durch Sach-

---

[58]) Die Gesetze enthalten hier meist zu große Beschränkungen. Vergleiche Plank a. a. O. S. 166 ff. Vergl. über mehrere hier in Betracht kommende Punkte Goltdammer im Archiv. VII. S. 63 ff. Trieſt daselbst IX. S. 662 ff. Mittermaier daselbst X. S. 585.

[59]) Biener a. a. O. S. 101 verglichen mit 96, der sich auch in diesem Sinne erklärt, macht theils auf Mißbräuche in der Voruntersuchung zur Beeinträchtigung des schutzlos dem Inquirenten preisgegebenen Beschuldigten im französischen Prozesse aufmerksam, von denen er erklärt, daß sie mehrentheils Gerichtsgeheimniß bleiben, „wie sie dem deutschen Kriminalverfahren mit Entrüstung vorgeworfen werden", theils erinnert er, in Betreff der von der entgegengesetzten Seite des Vertheidigers möglicherweise zu fürchtenden Mißbräuche — an die Verhandlungen bei Gelegenheit des Entwurfes der ordonnance criminelle von 1670, Tit. XIV, Art. 8, daß die Sache zur Sprache kam, und der Staatsrath Preſſort gegen den Präsidenten Lamoignon die Verweigerung des Rathgebers vertheidigt habe. Vergl. noch: „Ueber die Akten-Einsicht in der Voruntersuchung von Seite eines Vertheidigers" die Abhandlung Reichmann's im Gerichtssaal 1856, II. S. 241, u. Mittermaier über die Voruntersuchung daselbst 1857, I. S. 81. Insbesondere aber über die nothwendigen Grenzen und was nach dem Prinzipe des jetzigen Verfahrens von dem Verhältnisse des Vertheidigers zu dem Staatsanwalte anzunehmen sei, Sundelin im Gerichtssaal 1858. S. 408, 413.

verständige ermittelt und in ihrem Gutachten mit Gründen ausgeführt, als Schlußfolgerung wissenschaftlicher oder sonst sachkundiger Art und selbst auf demselben Wege erlangten Vordersätzen (Prämissen) — ein mittelbarer Gebrauch gemacht wird, so ist dieß etwas für beide Systeme Gemeinschaftliches, und deren Verschiedenheit nach Inhalt und nächstem Zwecke hier ohne Einfluß. Möge man den Umfang und die Grenzen der Voruntersuchung weiter oder enger bestimmen, regelmäßig wird der Theil der Untersuchung, von welchem die Rede ist, in die vorbereitende Periode fallen müssen, wenn auch nicht geleugnet werden soll, daß in einzelnen Fällen (z. B. wo es später auf mögliche und wiederholte Prüfungen eines Stoffes — ob dieser Gift sei oder als Gift gewirkt habe, ankommt) die letzte und definitive Herstellung des objektiven Thatbestandes nicht schon in der Voruntersuchung stattfindet. Das ändert jedoch nichts an der Sache. Das Ergebniß kann in der Hauptverhandlung nur mittelbar in der Form von Aussagen der Sachverständigen [60]) zur Kenntniß der Richter und Geschwornen kommen, oder der Vorlesung des Augenscheinsprotokolles (beziehungsweise der Angabe des wesentlichen Inhaltes, den schon die Anklageakte so weit als nothwendig aufnimmt) — und nur ganz ausnahmsweise wird eine den sonstigen Forderungen der Unmittelbarkeit entsprechende Darstellung und Reproduktion möglich sein, welche jene in den Stand setzt, sich durch eigene Wahrnehmung eine bestimmte Ansicht zu bilden. Ob die unaufschiebbaren und darum in einer früheren Periode vorzunehmenden Handlungen, welche die Erhebung des objektiven Thatbestandes betreffen, zunächst nur zu dem Zwecke erfolgen, um über das Dasein eines Verbrechens und die Frage zu entscheiden, ob eine strafrechtliche Verfolgung bedingt sei — und ob sie dann ferner zugleich den Dienst thun, für das Hauptverfahren einen Beweis zu liefern, oder ob sie nach dem andern Systeme, wesentlich mit Rücksicht hierauf, als ihre besondere Bestimmung, vorgenommen werden, das ist einerlei; es ändert weder an der Art der Vornahme dieser Handlungen, noch an dem in beiden Fällen durch ganz andere Rücksichten gebotenen gleichmäßigen Gebrauche auch nur das Geringste.

Mehr dagegen treten die Unterschiede hervor, nicht nur in Betreff der Vernehmung des Verdächtigen, wo diese jetzt stattfinden kann, sondern ganz vorzüglich der Zeugen, überhaupt der Personen, welche

---

[60]) Mittermaier im Gerichtssaal 1861, S. 157 ff. Ueberhaupt literarische Nachweisungen bei Zachariä a. a. O. II., S. 216.

etwas bekunden können, oder von denen erwartet wird, daß sie in der Lage dazu seien. Sollte überall — was nicht der Fall ist — sich eine Sonderung der Aussagen, und so eine mehr oder minder vollständige Unterscheidung durchführen lassen zwischen dem, was hinreichend ist von dem Mitgetheilten zur Vorbereitung und Begründung der Anklage und dem, was für diese selbst, in dem Hauptverfahren, zur Bewirkung des Erfolges eines überzeugenden Schuldbeweises erfordert wird, so würde auch äußerlich die Beschränkung nach dem einen, die Ausdehnung nach dem andern Systeme mehr hervortreten. Die Schwierigkeit, und vor Allem das Bedenkliche einer solchen Sonderung — oder vielmehr, da, um diese zu bewirken, doch schon die Vernehmung weiter gegangen und mehr als das unerläßlich Erforderliche geleistet haben mußte, worin sich schon der Widerspruch offenbart — mußten es aber empfehlen, gleich Anfangs die größte Sorgfalt auf jene Vernehmungen und die möglichste Herstellung bestimmter Ergebnisse zu verwenden. Nach der von uns vertheidigten Ansicht wird dies ohnehin geboten, und nicht minder der Sache, als dem wahren Interesse aller Betheiligten förderlich sein. Wenn unter den dadurch zu erreichenden Vortheilen die Erleichterung für das Protokoll über das Hauptverfahren erwähnt wird, „welches dann nur die Abweichungen und Zusätze im Verhältnisse zu den frühern Aussagen aufzunehmen habe“ [61]), so möchte ich hierauf weniger Werth legen, ohne denselben ganz in Abrede zu stellen. Gegründeter aber ist die Bemerkung über die Wichtigkeit der ersten noch unvorbereiteten Aussagen und des frischen Eindrucks der Stellung vor Gericht [62]), so wie über die gewiß nicht zu mißbilligende Vorsichtsmaßregel, ja über die bei stattfindender Oeffentlichkeit (der Hauptverhandlung) nothwendige Sorgfalt bei der Voruntersuchung, damit nicht erst in der Hauptuntersuchung Mitschuldige oder Hehler ermittelt, und dem Erfolge derselben Hindernisse entgegengesetzt werden. Alles dieß bietet noch mehrere unsere Ansicht unterstützende Seiten der Betrachtung dar, auf welche später zurückzukommen sein wird.

[61]) Biener a. a. O. S. 96.

[62]) Hier kommt dann auch die Frage über die Vereidigung der Zeugen zur Sprache. Einige Gesetzgebungen verlangen dieselbe, nicht blos in den besonderen Fällen, wo sie, wegen der Möglichkeit, die Zeugen in der Hauptverhandlung entbehren zu müssen, alsbald nöthig ist, schon überhaupt in der Voruntersuchung; andere erst, und dem Prinzipe nach richtiger, in der Hauptverhandlung. Hessen-darmstädtische Motive, S. 34. Vergleiche Planck a. a. O. S. 235 mit 217. Zachariä a. a. O. II. S. 212 ff. Schwarze in den neuen Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht. IX. S. 39. Desselben Kommentar. I. S. 305, II. S. 66.

Sehen wir nun zu, wie sich die Sache praktisch gestaltet, wenn der Instruktions-Richter und beziehungsweise der Staatsanwalt, so weit er hiebei mitwirkt, sich streng an die von dem Gesetze über die Voruntersuchung aufgestellten Vorschriften hält.

Einfach erledigt sich das Bedenken über die innezuhaltende Grenze, wo diese nur durch die vorliegende Aufgabe, deren näherer Inhalt erst im Laufe des Vorverfahrens sich ergibt, und sonach das gewissenhafte Ermessen mit Rücksicht auf dasjenige bestimmt wird, was zur gründlichen Erörterung des Falles in seiner besonderen Gestaltung dient und auf diesem Wege hergestellt zu werden vermag. Die möglichste Vollständigkeit, die Gründlichkeit der Untersuchung, die Fortsetzung der Bemühungen zur genügenden Aufklärung der Sache durch Benutzung aller zu Gebote stehenden Mittel und durch Sicherung derselben, so weit, daß entweder hinreichende Ergebnisse erlangt sind, oder daß sich nicht erwarten läßt, es werde etwas erheblich Neues durch diese Mittel, oder es werden selbst neue Kenntnißquellen eröffnet werden, scheint durch das Untersuchungsprinzip geboten. Sie kann zuweilen überflüßig sein, indem das Hauptverfahren dasselbe leistet; sie wird — einigen Zeit- und sonstigen Aufwand abgerechnet, der gegen die Wichtigkeit der Aufgabe nicht in Betracht kommt — keinen Nachtheil für die Sache der Gerechtigkeit mit sich führen, wohl aber bestimmte Vortheile außer den bereits erwähnten gewähren, wie die fernere Betrachtung zeigen soll.

Mit Rücksicht hierauf und auf die im besondern Falle bei dem entgegengesetzten Systeme eintretende Schwierigkeit die Grenze zu bestimmen, über welche die Untersuchung nicht ausgedehnt werden soll, wird der sorgfältig verfahrende Untersuchungsrichter auch, wo er nicht weiter gehen, sondern an den nächsten Zweck der Vorbereitung der Anklage gebunden sein soll, entweder durch die Verhältnisse unmittelbar dahin geführt, oder geflissentlich, die Thätigkeit über das unerläßlich Geforderte hinaus erstrecken, und sich eher der (kaum ernstlich zu besorgenden) Gefahr einer Rüge, als allen den Bedenken aussetzen, welche eine nachher unzureichend befundene Voruntersuchung erweckt und herbeiführt [63]).

---

[63]) So verordnet auch die österreichische Strafprozeß-Ordnung von 1850, §. 228. „Der Untersuchungsrichter hat sich hiebei gegenwärtig zu halten, daß mit der größten Beschleunigung für eine gründliche Vorbereitung der Hauptverhandlung Sorge zu tragen ist." Gegenüber den Bedenken, welche man sonst von der an das bisherige Untersuchungsverfahren sich anschließenden Gewohnheit der Richter entlehnt, machen die Mo-

Wo nun eine Gesetzgebung die erwähnte Beschränkung der Voruntersuchung auf den nächsten Zweck der Vorbereitung der Anklage ausgesprochen hat, da ist dieser, wie sich auch sonst versteht, ein Einfluß auf die Hauptverhandlung nicht eingeräumt. Indessen begründet dieß an sich nicht einen wesentlichen Unterschied. Denn auch nach dem andern weitergehenden (inquisitorischen) Systeme ist nur das, was in der Hauptverhandlung vorkommt und sich der unmittelbaren Wahrnehmung der Urtheiler (Richter und Geschworenen) darbietet, indem sie selbst den Angeklagten, den Vertheidiger, die sonstigen Betheiligten, die Zeugen sehen, hören und deren Verhalten beobachten — die Grundlage des auszusprechenden Ergebnisses. Wir beabsichtigen nicht, den Werth, der mit gutem Grunde auf die jetzt sogenannte Unmittelbarkeit gelegt wird, zu verringern. Für beide Systeme äußert sich aber mittelbar das, was die Voruntersuchung mehr oder weniger vollständig geliefert hat, und es kann und muß davon in einer Weise Gebrauch gemacht werden, die ihm den Charakter der Unmittelbarkeit zu verleihen geeignet ist. Von jenen Ergebnissen den gerechten und rechten Gebrauch zu machen, ist Sache des die Verhandlung leitenden Vorsitzenden, und eben so, je nach ihren Stellungen, des Staatsanwaltes und des Vertheidigers, indem auf diese aus dem Studium der Untersuchungs-Akten ihnen bekannt gewordenen Ergebnisse und Thatsachen — auf das, was zweifelhaft geblieben, bestritten, einer mehrfachen Deutung fähig ist, bestimmte Anträge gegründet werden und überhaupt durch dieselbe ein Stoff gewonnen wird, dessen gehörige Benutzung der Wahrheit förderlich ist, möge sie nun dem Angeklagten günstig sein oder nicht — immer vorausgesetzt, daß, was die Untersuchungs-Akten enthalten, nicht Gegenstand der Mittheilung in der Hauptverhandlung sei, z. B. durch Vorlesen von Zeugen-Protokollen (was nur ausnahmsweise und als Ersatz bei der Unmöglichkeit einer wiederholten Zeugen-Vernehmung geschehen darf[64]), sondern daß es als ein sonst sich nicht darbietender Stoff für die mündliche Verhandlung benutzt werde.

tive zu dem Entwurf für Oberhessen und Starkenburg dieses als eine Sicherung wider die Gefahren von dem entgegengesetzten Standpunkte aus geltend. Hier heißt es §. 32: „Bei der Frage, wie weit im einzelnen Falle die Voruntersuchung auszudehnen sei, muß die Prozeß-Ordnung Vieles dem richterlichen Ermessen anheimgeben. Es läßt sich übrigens bei den Grundsätzen des Entwurfes um so zuversichtlicher erwarten, daß die Untersuchungsrichter nicht oberflächlich procediren werden, da sie in Gemäßheit des bisherigen Rechtes eine erschöpfende protokollarische Untersuchung durchzuführen gewohnt sind."

[64]) Planck a. a. O. S. 370 ff. mit S. 302. Zachariä a. a. O. S. 196.

Aber schon hieraus, so wie aus dem Umstande, daß die neueren Gesetzgebungen neben den Fällen, wo die Voruntersuchung geboten ist, andere nennen, wo sie, je nach den Umständen, von den hierüber entscheidenden Organen für nothwendig oder entbehrlich erklärt werden kann, ersieht man, daß es sich um mehr als die bloße Versetzung in den Anklagestand, — daß es sich um die Sache selbst handle[65]).

Ob man sich das Verhältniß so gedacht habe, daß ein bestimmter Standpunkt erreicht werde, wo der Staatsanwalt sagen kann — es liege ihm genug vor, um eine Anklage zu stellen, aber auch gerade nicht mehr, und daß er unbekümmert um den weitern Erfolg auf die Gefahr hin, sich dem Vorwurfe auszusetzen, eine Hauptverhandlung herbeigeführt zu haben, deren Ergebniß eine Freisprechung aus ganz andern Gründen sein würde, als welche sonst in jedem sorgfältig vorbereiteten Verfahren zu jener führen könne? Zugegeben, daß ein auch nicht ganz vollständig erörterter Fall eine Gestalt annehme, wornach man sich mit wenigen Ermittelungen begnügen, Zeit- und sonstigen Kraftaufwand ersparen, und die Erwartung hegen kann, es werde die weitere Benutzung der einstweilen eröffneten Kenntnißquellen den Erfolg bewirken, welcher den Forderungen der Gerechtigkeit entspricht. Aber dieß wird eine Ausnahme, und es wird nicht minder bedenklich sein, es gewissermaßen auf den Zufall ankommen zu lassen, was sich dann weiter in der Hauptverhandlung ergeben werde, als unter solchen Umständen Jemanden in den Anklagestand zu versetzen. Gegen dieß wird zwar die Prüfung der hierüber entscheidenden richterlichen Behörden schützen — aber eben die Nothwendigkeit solcher Entscheidung, für die, um den Anklagebeschluß auszusprechen, eine genügende Grundlage vorhanden sein muß, unterstützt unsere Ansicht. Oder sollte man, wo einige Zeugen, und nur so weit, als für den nächsten Zweck erforderlich ist, vernommen sind, auf die Vernehmung anderer, welche stattfinden kann, Verzicht leisten? Wenn nun jene Zeugen später nicht nochmals vor Gericht gestellt werden können, wenn sie ihre Aussagen zurück-

[65]) Vollends sprechen dafür die in den Gesetzen aller Länder vorkommenden Bestimmungen über die Befugniß des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, zur besseren Vorbereitung derselben noch Ergänzungen der Voruntersuchung anzuordnen und gewisse Handlungen selbst vorzunehmen oder zu veranlassen. Z. B. Württb. Entw., Art. 355: „Der Vorsitzende ist ermächtigt, auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten und selbst von Amtswegen jede Handlung der Voruntersuchung vorzunehmen, welche er zur besseren Vorbereitung der Hauptverhandlung nothwendig findet. Er hat zu diesem Behufe alle Befugnisse des Untersuchungsrichters." Eben so Bremer Entw., §. 464.

nehmen, wie wollte man dem Mangel begegnen? Die Vorladung der andern Personen, welche für's Erste nicht verhört worden sind, kann nicht unter allen Umständen stattfinden, und ist selbst nach manchen Gesetzen, wenn nicht ausgeschlossen, doch an erschwerende Bedingungen geknüpft[66]). Will man sich bei einem Geständnisse beruhigen, ohne für dessen pflichtmäßige Kontrolle, wo diese möglich ist, zu sorgen, oder ohne den Fall des späteren Widerrufes und der Nothwendigkeit, diesen zu entkräften und einen Ueberführungsbeweis vorzubereiten, in's Auge zu fassen[67])?

Ohnehin der Untersuchungsrichter, der einmal mit der Sache befaßt ist, wird schon deshalb weiter gehen und alle sich darbietenden Kenntnißquellen und Mittel mit Umsicht benutzen, weil er nicht blos die Aufgabe hat, die Staatsanwaltschaft zu unterstützen, welche die Grundlage einer zu erhebenden Anklage gewinnen will, sondern die Wahrheit zu ermitteln. Es ist ja doch möglich, daß gegenüber den vermeintlich für diese Zwecke hinreichenden vorläufigen Ergebnissen die Fortsetzung der Untersuchung zu einem anderen Resultate führt; ja es liegt eben dieß, wenn es die Wahrheit ist, im Interesse des Staatsanwaltes, beziehungsweise des Staates selbst, da Niemand ohne genügende Gründe, da insbesondere kein Unschuldiger verfolgt werden soll[68]). Kurz, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird sich ohne eine hierauf besonders gerichtete Thätigkeit, wenn nicht sofort der Ungrund jeder Verfolgung erhellt, zugleich das herausstellen, was zur Verhandlung der Sache dienlich ist, und nicht blos zur Vorbereitung der An-

---

[66]) Z. B. in Betreff der Verpflichtung zu den Kosten. Uebrigens stimmen die Gesetze meist überein, theils in der Anerkennung der Befugniß des Vorsitzenden, den ihm unnöthig scheinenden Vorladungen und Vernehmungen von Zeugen über bestimmte Thatsachen, und einer Ueberzahl durch angemessene Beschränkung zu begegnen, theils in der diskretionären Gewalt, vermöge welcher der Vorsitzende auch ohne darauf gestellten Antrag solche Personen vorzuladen berechtigt ist, von denen er erwarten zu dürfen glaubt, daß sie etwas für die Sache Erhebliches auszusagen haben. Aber auch hiefür vermag nur eine gehörige Vorbereitung die Grundlage zu bieten. Meine Kritik des preußischen Entwurfes vom Jahre 1851, S. 121 und 141.

[67]) Von der Befugniß des Vorsitzenden, noch die ihm nöthig scheinenden Schritte zur Vervollständigung zu thun, wird hier ohne Zweifel zum erfolgreichen Ziele Gebrauch gemacht werden, und es steht kein Gesetz entgegen. Aber es ist auch erlaubt, davon einen Schluß auf die Voruntersuchung zu machen.

[68]) Vergl. v. Bertrab im Gerichtssaal 1853. I. S. 134. Meine Abhandlung im Archiv des Kriminalrechts, 1847, S. 131; Betrachtungen über die Verordnung vom 3. Jänner 1849, S. 87, und meine angeführte Kritik des preußischen Entwurfes, S. 25. Vergleiche aber auch Zachariä a. a. O. I. S. 431.

klage; und es wird, was letztere, um gerecht und nicht leichtfertig zu sein, erfordert, nicht anders hergestellt werden können, als durch ein genaueres Eingehen auf die ganze Sache, also durch eine über die bloße Anklagestellung hinausgehende Erörterung.

Betrachten wir nunmehr einige der neueren Gesetzgebungen[69]) oder Entwürfe zu solchen. Man darf als von diesen, wie von den Vorgängern übereinstimmend anerkannt annehmen, daß der wesentliche Grundsatz zur Geltung kommen solle — Gerechtigkeit zu üben, also auch Alles, was dieser Aufgabe dient, in selbst gerechter Weise vorzunehmen oder zu veranstalten, und zwar so, daß es nicht dem Zufalle überlassen bleiben dürfe, ob dieses geschehe[70]), wie es bei der strengen Beibehaltung des akkusatorischen Prinzipes der Fall ist, sondern daß der Gesichtspunkt einer mit dem Rechte des Staates und geordneter Obrigkeit zusammentreffenden Pflicht entscheiden müsse. Geht man davon aus, so ergeben sich die Folgerungen einfach, und wir werden in den Stand gesetzt sein, zu prüfen, in wie ferne außer der Aufstellung eines leitenden Grundsatzes die Durchführung sorgfältig stattfindet, oder mehr oder weniger vermissen läßt; wie weit eine — was doch anzunehmen ist — bestimmt gefaßte Ansicht sich zeigt, oder ein Schwanken, auch wohl Mißverständniß Platz greift.

Es ist bereits gezeigt worden, daß es nicht wohl möglich, nicht rathsam und nicht Bedürfniß sei, für den ganzen Umfang der Untersuchung und für das, was den besonderen Stadien derselben angehört, vollständig erschöpfende Vorschriften zu ertheilen. Aber noch weniger würde es sich empfehlen, durch beschränkende Bestimmungen der Erreichung des gerechten Zieles hindernd entgegenzutreten. Es mag, bei

---

[69]) In Betreff der bereits seit längerer Zeit eingeführten s. Planck S. 214 ff., 295 ff., 304 ff. Zachariä a. a. O. II. S. 61 und daselbst weitere Nachweisungen. Von neueren Entwürfen führe ich an: Den für die Provinzen Starkenburg und Oberhessen (1857), Art. 244—256. Motive, S. 24 ff, für Bremen (1861), §§. 78—84, §§. 318—331, und 1862, Art. 79—85, §§. 325 bis 343, und von 1863, Art. 79—84, §§. 324—342, für Oesterreich 1862, §§. 87—125. Dazu die Reihe von Abhandlungen: „Zum Entwurf der St. P. O. Aus dem Motiven-Elaborat des Referenten Dr. Glaser" in der „Allgem. österr. Gerichts-Zeitung", XIII. Jahrgang, 1862, Nr. 100 ff. Württembergischer Entwurf von 1862 (als Manuskript gedruckt), Art. 231 bis 248, vom Jahre 1863 Art. 140—257. Badischer Entwurf 1863, §§. 66 bis 83.

[70]) Kommissionsbericht über den Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung (für das Großherzogthum Baden). Erstattet vom Ministerial-Rathe Dr. Jolly (Beilage Nr. 586 zum Protokolle der 37sten Sitzung vom 26. Juni 1863), S. 3, unten.

dem Uebergange von dem früheren schriftlichen Untersuchungsprozesse zu dem mündlichen Verfahren, und der Verlegung des Schwerpunktes in die unmittelbar vor dem Gerichte, welches das Urtheil spricht, stattfindende Hauptverhandlung nothwendig gewesen sein, der Uebertragung einer Methode, an welche die Richter durch langjährige Uebung gewohnt waren, Grenzen zu setzen [71]). Aber mit Rücksicht auf das, was der Zweck des Verfahrens ist, darf eine hierauf sich beziehende Bestimmung, so wie der Umstand, daß jetzt meist nicht mehr so ausführlich, wie in den auf den reinen Untersuchungsprozeß sich beziehenden Gesetzen, von den einzelnen Handlungen — Verhören ꝛc. — gesprochen wird, nicht zu der Meinung führen, es solle der ganze Reichthum gesammelter und begründeter Erfahrungen nunmehr bei Seite gesetzt und die Gerechtigkeit einer zu erstrebenden Kürze und Beschleunigung, oder vollends einer andern Rücksicht — insbesondere des mißverstandenen akkusatorischen Prinzipes zum Opfer gebracht werden.

Schon das kann zu Mißverständnissen führen, daß manche Gesetze geradezu von Beschränkungen bei der Voruntersuchung sprechen — und sich nicht damit begnügen, durch den Inhalt der Bestimmungen anzudeuten, wie weit der Instruktionsrichter gehen darf und soll. Hievon hat sich der österreichische Entwurf, der jenen Ausdruck vermeidet, ferngehalten, und in §. 101 das, was gefordert werden muß, so ausgesprochen, daß es durchaus zu billigen ist. Der §. 101 lautet [72]): „Ist die Voruntersuchung eingeleitet, so hat der Untersuchungsrichter

---

[71]) So sagt, um ein verhältnißmäßig älteres Gesetz anzuführen, die preußische Verordnung vom 3. Jänner 1849, §. 43: „Der Untersuchungsrichter hat bei der Voruntersuchung alle in der Kriminal-Ordnung für den Inquirenten gegebenen Vorschriften, insbesondere auch die Vorschrift wegen Zuziehung eines vereideten Protokollführers zu beobachten." Wenn, im Vorübergehen bemerkt, diese letzte, schon wegen des allgemeinen Vordersatzes überflüßige Erinnerung, sich dürftig ausnimmt, so ist um so mehr Gewicht auf das durchgängig anerkannte Untersuchungsprinzip zu legen. Hier mochte dann die schon erwähnte Beschränkung, welche §. 44, Art. 2, enthält, am Orte sein (vergleiche oben Note 52). Und dennoch stehen ihr die schon erhobenen Bedenken entgegen. So auch §. 41. Die ehedem sehr ausgebildete sogenannte Inquirir-Kunde hat allerdings jetzt weniger Raum und ihre Bedeutung verloren; aber nicht ganz, und — wie sich versteht, unter steter Fernhaltung dessen, was der Gerechtigkeit und der Würdigkeit, überhaupt der guten Sitte widerspricht, wird sie sich noch immer innerhalb nothwendiger Grenzen behaupten. Dieß ist wohl gegenüber maßlosen und unbedründeten Forderungen, die hie und da gemacht werden, einer Verwahrung werth.

[72]) Es ist dieß eben der im Jahre 1862 vorgelegte Entwurf, mit welchem die trefflichen Bemerkungen von Dr. Glaser in dem bereits erwähnten Motiven-Elaborate zu verbinden sind. Der revidirte Entwurf ist noch nicht der Oeffentlichkeit übergeben.

von Amtwegen einzuschreiten, und, ohne weitere Anträge des Staatsanwaltes abzuwarten, Alles vorzukehren, was ihm dienlich erscheint, um den Thatbestand zu erheben, den Thäter zu ermitteln, die zur Ueberführung oder zur Vertheidigung des Angeschuldigten dienenden Beweismittel zu erforschen, und hiedurch entweder den Ausspruch, daß kein Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung vorhanden sei, herbeizuführen, oder die Hauptverhandlung mit dem Angeschuldigten vorzubereiten."

Und der ganze Inhalt des ersten Hauptstückes ist diesem Grundsatze entsprechend aufgestellt. Nicht nur sind, wie sich versteht und auch in anderen Gesetzgebungen angeordnet wird, Anträge auf Ergänzungen zu berücksichtigen, sondern es begegnet auch §. 119 dem Zweifel, ob es sich lediglich um die Begründung der Anklage handle, indem es im Gegensatze zu der Einstellung der Verfolgung (§§. 117, 118) heißt:

„Die Voruntersuchung wird geschlossen, sobald die dem Untersuchungsrichter bekannt gewordenen Erkenntnißquellen so benutzt sind, daß von weiterer Verfolgung derselben weder eine bessere Aufklärung der Sache, noch die Entdeckung neuer erheblicher Umstände zu erwarten ist."

Bedenklicher erscheint die Bestimmung des württembergischen Entwurfes [73]), welche der Beschränkung ausdrücklich gedenkt, obschon im Ganzen doch der Sinn derselbe ist, der, ohne vorgefaßte Meinung, hier gesucht und gefunden werden darf [74]). Es heißt im Art. 232: „Die Voruntersuchung hat sich darauf zu beschränken, das Dasein der angezeigten strafbaren Handlung und die Person des Thäters in so weit zu erforschen, und die Beweismittel einerseits für die Ueberführung des Beschuldigten als Schuldigen, andererseits für seine Rechtfertigung [75]) in so weit zu erheben, als dieß zur Be-

---

[73]) Aehnliche Bestimmungen anderer Gesetzgebungen siehe in meiner Kritik des preußischen Entwurfes S. 98 ff., u. Bland a. a. O. S. 215 ff. Zachariä a. a. O. II. S. 64, Not. 9.

[74]) Vergl. oldenburgische Strafprozeß-Ordnung Art. 210 und dazu den Kommissions-Entwurf.

[75]) Statt „Rechtfertigung" möchte ich „Vertheidigung" sagen. Diese begreift die Rechtfertigung mit in sich, wo dieselbe stattfindet, aber doch auch mehr, namentlich Alles, was geeignet ist, eine mildere Beurtheilung herbeizuführen, auch in solchen Fällen, wo vergebens eine Rechtfertigung versucht wird. Gewiß wollte man nichts ausschließen, was sich als später zu benutzendes Vertheidigungsmoment herausstellt, und es wäre am wenigsten zu billigen, für eine entgegengesetzte Ansicht auf das gebrauchte Wort „beschränken" Gewicht zu legen.

gründung des Antrages auf einem Verweisungs- oder Anklage-Beschluß oder zur Einstellung der Verfolgung erforderlich erscheint“ [76]). Doch wird hinzugefügt: „Geständnisse des Beschuldigten entbinden nicht schlechthin von der Pflicht, für Erforschung des Thatbestandes das Nöthige zu thun“ — was allerdings, besonders in Betreff des objektiven Thatbestandes — kaum der Erinnerung bedürfen sollte.

Aehnlich, jedoch mit Vermeidung des Hinweises auf eine Beschränkung, hatte der Bremer Entwurf v. J. 1861, §. 315, gesagt: „Die Voruntersuchung hat zum Zwecke, die Existenz, die Natur und die Umstände einer strafbaren Handlung, die Person des Thäters und die zu dessen Unterstützung oder Vertheidigung dienenden Beweismittel so weit zu erforschen und festzustellen, als dieß zur Begründung der öffentlichen Klage und zur Vorbereitung der Hauptverhandlung oder zur Einstellung der weiteren Verfolgung erforderlich erscheint [77]).

Der neueste Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für das Großherzogthum Baden v. 9. Februar 1863 bemerkt zunächst im Titel I. „Allgemeine Bestimmungen“, §. 4, Abs. 2: „Insbesondere ist es Pflicht des Untersuchungsrichters, von Amtswegen und mit gleicher Sorgfalt den Umständen, welche zur Vertheidigung des Angeschuldigten gereichen, wie den Beweisen der Schuld nachzuforschen.“ Dagegen lautet der §. 66: „Titel VII. Von Führung der Voruntersuchung im Allgemeinen.“ „Die Voruntersuchung hat die Aufgabe, die Existenz, die Natur und die Umstände einer strafbaren Handlung, die Person des Thäters und die zu dessen Ueberführung oder Vertheidigung dienenden Beweismittel zu erforschen und festzustellen.“ Wenn dieß, schon der früheren Gesetzgebung entsprechend, der Besorgniß einer zu ängstlichen Beschränkung begegnet, so ist allerdings der sofort sich anschließende Satz geeignet, Bedenken zu erregen: „Die Erhebung der Beweise ist jedoch nur in so weit vorzunehmen, als zur Begründung der Anklage und

---

[76]) In dem revidirten Entwurf vom Jahre 1863 Art. 241 unverändert.

[77]) In dem revidirten Entwurf vom 2. Mai 1862, §. 325, gleichlautend, und eben so in dem vom 20. März 1863, §. 324. Statt „Existenz“ brauchen andere Gesetze passender das deutsche Wort „Dasein“, und das „weitere“ vor „Verfolgung“ ist überflüßig. Eben so ist der folgende Paragraph unverändert in den drei Entwürfen geblieben, welcher denselben Gedanken, wie der württembergische Entwurf, in anderer Form enthält: „Ist der Beschuldigte der ihm zur Last gelegten strafbaren Handlung geständig, so hat der Untersuchungsrichter nach den Umständen zu ermessen, ob demungeachtet der Thatbestand selbstständig zu ermitteln sei.“ Man wird überall annehmen dürfen, daß hier die Grundsätze des Untersuchungs-Verfahrens und einer sorgfältigen Erforschung der Wahrheit den Richter bestimmen sollen.

zur Vorbereituug der Hauptverhandlung oder der Einstellung der Verfolgung erforderlich ist." Während aber in dem revidirten Entwurf vom 9. Juni 1863 der §. 4, Absatz 2, unverändert geblieben ist, hat §. 66 eine andere, und wie ich glaube, bessere Fassung erhalten, indem derselbe nunmehr lautet: „Die Voruntersuchung hat die Aufgabe, den Thatbestand der angezeigten strafbaren Handlung und die Person des Thäters zu erforschen, und die zu dessen Ueberführung oder Vertheidigung dienenden Beweismittel zu sammeln. Die Beweise, die in der Hauptverhandlung noch erhoben werden können, sind in der Voruntersuchung nur in so weit zu erheben, als erforderlich ist, um zu beurtheilen, ob die Hauptverhandlung anzuordnen, oder das Verfahren einzustellen sei." Vergleicht man damit §§. 68, 78, 206 in Betreff der Ergänzungen und der protokollarischen Sicherstellung der Ergebnisse, so wie (was auch von allen andern Gesetzen oder Entwürfen gilt) den Gesammt-Inhalt der Vorschriften über das Verfahren, so wird man sich bei den sonst zu besorgenden Beschränkungen wohl beruhigen können, aber immer nur unter der Voraussetzung, daß nicht die wörtliche engste Auslegung der allgemeinen Sätze und die Voreingenommenheit für ein unserem Verfahren und unserer Zeit, eben so wie der Aufgabe der Rechtspflege fremdes Prinzip den unbefangenen Blick trübe.

Der §. 203 des Entwurfes, welcher, wie der entsprechende des zweiten, die Rubrik hat: „Schluß der Voruntersuchung", schien durchaus angemessen: „Die Voruntersuchung in kreisgerichtlichen und schwurgerichtlichen Sachen wird geschlossen, sobald die dem Untersuchungsrichter bekannt gewordenen Kenntnißquellen in dem durch §. 66 bezeichneten Umfange dergestalt benutzt sind, daß von weiteren Bemühungen weder eine bessere Aufklärung der Sache, noch die Entdeckung neuer erheblicher Umstände zu erwarten ist"[78]). Vielleicht hielt man diese ge-

[78]) Der angeführte Kommissionsbericht der ersten Kammer, erstattet vom Ministerialrathe Dr. Jolly, bemerkt S. 2: „Nur das Eine wird noch hervorzuheben sein, daß der Entwurf durchgängig mit umsichtiger Sorgfalt dahin strebt, die mündliche Hauptverhandlung zum wirklichen Mittelpunkt des ganzen Verfahrens zu machen, zu welchem alle vorhergehenden schriftlichen Erhebungen sich nur als Vorbereitung verhalten. Großen Werth legen wir in dieser Beziehung namentlich darauf, daß die Zeugen und Sachverständigen regelmäßig erst in der Hauptverhandlung, nicht während der Voruntersuchung beeidigt werden (§§. 138, 234), und mit vollster Ueberzeugung schließen wir uns den Beschlüssen des andern Hauses zu den §§. 6, 66 und 203 an, welche in ihrer nunmehrigen sehr präzisen Fassung eine starke und hoffentlich genügende Garantie gegen die Fortdauer oder Wiederkehr allzuweit ausgesponnener schriftlicher Voruntersuchungen bieten. Das urtheilende Gericht soll nach §. 6 die Grundlagen seines Spruches nur in den Ergebnissen der Haupt-

wiß zweckmäßige und möglichen Zweifeln über (nicht zu billigende) Beschränkungen begegnende Vorschrift für überflüßig. Der jetzige §. 203 hat sie nicht aufgenommen, sondern eine andere, übrigens gutzuheißende Bestimmung aufgestellt, welche gleichfalls dem richtig verstandenen Untersuchungs-Prinzipe Genüge leistet: „Am Schlusse der Voruntersuchung hat der Untersuchungsrichter dem Angeschuldigten zu eröffnen, daß ihm freistehe, etwaige weitere Anträge binnen drei Tagen bei dem Untersuchungsrichter, und nach deren Ablauf bei der Raths- und Anklagekammer zu stellen." Alles dieß, ferner die Bestimmung des §. 68, wonach der Untersuchungsrichter „von Amtswegen alle gesetzlichen Mittel anzuwenden hat, um den Zweck der Voruntersuchung zu erreichen", dieselbe auch, über die ursprüngliche Veranlassung, nach vorgängiger Mittheilung an den Staatsanwalt und in Folge der Anträge desselben auszudehnen hat, wenn in irgend einer Hinsicht sich erhebliche neue Umstände, Thatsachen ꝛc. ergeben, die Vorschrift des §. 78 über die sorgfältige Niederschreibung „der Geständnisse und erheblichen sonstigen Aussagen des Angeschuldigten, der Aussagen des Verletzten und anderen wichtigeren Zeugen, so wie solcher Personen, die voraussichtlich in der Hauptverhandlung nicht erscheinen können", die §. 200 ausgesprochene Zulassung eines Rechtsbeistandes schon in der Voruntersuchung, und was hier über die Befugnisse des Vertheidigers bemerkt wird, — ist für die Ansicht geltend zu machen, daß diesem Theile oder dieser Periode der gerichtlichen Thätigkeit nicht die engeren Grenzen gesetzt werden, wie es durch die vorherrschende Richtung und auch wohl in jener zu Mißverständnissen führenden Hinweisung auf den Zweck einer Begründung der Anklage geboten erscheinen könnte. Daraus erklärt und rechtfertigt sich sodann die im §. 207 erwähnte Befugniß der Raths- und Anklagekammer, „Ergänzungen der Untersuchung anzuordnen" [79]). Die §. 238 vorgesehene Berechtigung des Staatsanwal-

---

verhandlung suchen und finden; in der Voruntersuchung soll nach §. 66 in der Regel nur eine Sammlung, nicht eine vollständige Erhebung der Beweismittel eintreten; die leicht sehr gefährlich werdende Vorschrift des ursprünglichen §. 203, die Voruntersuchung sei dann zu schließen, wenn alle Quellen der Wahrheitserforschung erschöpft seien, ist mit Recht beseitigt, da der im §. 66 bestimmte Zweck der Voruntersuchung von selbst auch über den Zeitpunkt ihres selbstverständlich mit Erreichung des Zweckes eintretenden Schlusses entscheidet."

[79]) In dem ersten Entwurfe heißt es §. 207: „Der Antrag des Staatsanwaltes — kann dahin gerichtet sein, Ergänzungen der Untersuchung anzuordnen;" in dem revidirten Entwurfe dagegen (nach den von der zweiten Kammer vorgeschlagenen Abänderungen): „Die Raths- und Anklagekammer kann — Er-

tes, des Angeklagten oder seines Vertheidigers, zu verlangen, daß einzelne Aktenstücke vollständig oder in einzelnen Stellen in der Hauptverhandlung vorgelesen werden, was der Vorsitzende auch nach eigenem Ermessen anordnen darf, wird zwar, wegen der hierin liegenden Abweichung von dem Grundsatze der Unmittelbarkeit nur ausnahmsweise und unter näheren Bedingungen (wie dieß alle Prozeß-Ordnungen bestimmen) Platz greifen. Aber das, worauf es hier ankommt, ist die Voraussetzung der Vollständigkeit der Voruntersuchung und der Sicherstellung der Ergebnisse, worin denn die §§. 240—248 ihre Begründung erhalten.

Gewiß muß es, nach der Natur und Bestimmung der mündlichen Hauptverhandlung, für zweckmäßig erachtet werden, daß hier erst Manches zur Sprache und Würdigung komme, was früher nicht erörtert worden ist. Alle Gesetzgebungen stimmen in der Anerkennung der Statthaftigkeit des Gebrauches neuer, noch nicht vorgebrachter Beweismittel, der Erhebung neuer Beweise überein, sie gedenken der Möglichkeit, daß hier eine andere Gestaltung des Falles, ein anderes Verbrechen, eine andere Art der Theilnahme hervortrete, als es auf Grund der Voruntersuchung und nach dem Verweisungs-Beschlusse erwartet werden durfte; sie geben genauer an, in wie ferne das Gericht, nach seiner Ueberzeugung, hier das Urtheil auf Grund des jetzt zur Kenntniß Gelangten, unabhängig von der in dem Verweisungs-Beschlusse und den Anträgen der Staatsanwaltschaft enthaltenen Bezeichnung des Verbrechens, zu fällen habe (§. 247)[80]. Allein hieraus folgt nichts für die behauptete Beschränkung der Voruntersuchung. Keineswegs kann als Regel, und

---

gänzungen — anordnen." Ich halte dieß für eine Verbesserung, indem damit bestimmt gesagt wird (was übrigens auch sonst wohl nicht für ausgeschlossen zu erachten war), daß die Gerichtsbehörde auch, unabhängig von den auch hier vorbehaltenen Anträgen des Staatsanwaltes befugt sein soll, für die ihr nöthig erscheinende Vollständigkeit der Untersuchung Sorge zu tragen. — Einige Gewähr leistet die Vorschrift, daß, wo eine gerichtliche Entscheidung über die Nothwendigkeit oder Zulässigkeit der Voruntersuchung gefordert wird, diese von einem weiter gehenden Gesichtspunkte aus, mit Rücksicht auf das eigentliche praktische Bedürfniß, entschieden werden muß. Wird die von dem Staatsanwalte beantragte Voruntersuchung (Oesterr. Entw. §. 95, Württemb. Entw. Art. 233, Bremer Entw. §. 318, jetzt §. 387) von dem Untersuchungsrichter nicht für nothwendig gehalten, so soll der Beschluß des Bezirks-Kollegial-Gerichtes, beziehungsweise der Raths- und Anklagekammer, eingeholt werden (Oesterr. Entw. §. 96, Württemb. Entw. a. a. O. Abs. 2, Bremer Entw. §. 319, jetzt §. 325), wiewohl hier zum Theil noch Anderes in Frage steht.

[80]) Vergl. meine Abhandlung im Gerichtssaal 1857, Bd. II. S. 241 ff., 259 Not. 37. Rechtsfall in Goltdammer's Archiv. V. S. 406.

jedenfalls kann es nicht als im Interesse der Sache liegend angenommen werden, daß die Hauptverhandlung gewissermaßen durch die Neuheit des Inhaltes ein überraschendes und unerwartetes Bild dem Gerichte vorführe. Im Gegentheile, wo dieß der Fall ist, wo sich wirklich erheblich neue Momente ergeben, die, um gerecht erwogen zu werden, in gehöriger Weise begründet sein müssen, da wird überall entweder unbedingt, oder nach dem Ermessen des Gerichtes, oder dem Antrage des einen oder des andern Theils die Anordnung einer neuen Tagfahrt, und die für die Herstellung der Grundlage gerechter Beurtheilung erforderliche Vervollständigung der Untersuchung geboten. Hier liegt die Anerkennung ihrer Bedeutung, die sie hat und haben muß, ohne derjenigen der Hauptverhandlung Eintrag zu thun. Und wie ließe es sich denn rechtfertigen, einerseits den Betheiligten (Ankläger und Angeklagten) zu erlauben, oder auch zuzumuthen — vor der Verhandlung die Zeugen zu benennen, deren Vorladung und Vernehmung beantragt wird, andererseits ihnen hierin eine Schranke zu setzen, auch wohl dem Vorsitzenden zu gestatten — solche vorgeschlagene Zeugen zurückzuweisen oder nur unter gewissen Bedingungen (z. B. auf Kosten des Angeklagten) vorzuladen, deren Aussagen er für unerheblich hält[81]), wenn man nicht von der Voraussetzung ausgeht, daß theils die Voruntersuchung, theils die ihm zur Pflicht gemachte gründliche Vorbereitung auf die Hauptverhandlung mit den ihm in dieser Hinsicht zustehenden Befugnissen ihn in den Stand gesetzt haben, die Sache möglichst genau und von einem höhern und weiteren Gesichtspunkte aus kennen zu lernen und zu würdigen, als dem der bestimmt formulirten Anklage?

Die Motive (S. 98) heben mit Recht hervor, daß ein wesentlicher Gesichtspunkt bei allen bezweckten Verbesserungen der sei, „die Mündlichkeit des Hauptverfahrens für alle Arten von Strafsachen und für alle Gerichte durchzuführen", und daß „für die Verwirklichung der Mündlichkeit in ihrer vollen Bedeutung die Festsetzung des Verhältnisses zwischen Voruntersuchung und Hauptverhandlung von entscheidender Wichtigkeit sei." Hierüber ist so wenig eine Verschiedenheit der Ansichten, als über die Unstatthaftigkeit, „das Urtheil nicht sowohl auf die Ergebnisse des mündlichen Verfahrens, als auf die Voruntersuchungs-Akten zu bauen". Aber weit entfernt, daß wir dieses letztere im Sinne hätten, oder vertheidigen wollten, suchen wir nur die möglichste Siche-

[81]) Siehe oben Note 66.

rung des Hauptverfahrens selbst, welchem durch eine gründliche Voruntersuchung kein Eintrag geschieht. Wir werden auf die auch hier ausgesprochenen (in der That nicht gerechtfertigten) Besorgnisse sofort kommen und bemerken jetzt nur vorläufig, daß der wesentliche Unterschied oder Gegensatz beider Theile des Verfahrens auf einer ganz andern Seite liegt, als der des Mehr oder Weniger, was der eine und der andere Abschnitt des Verfahrens liefert, oder eines nur quantitativen Verhältnisses in Betreff des dem Urtheile zu Grunde zu legenden Stoffes. Einstweilen möge für Die, denen am Herzen liegt, daß die Gerechtigkeit gehandhabt werde, zur Beruhigung dienen, die Voruntersuchung ohngeachtet der (Seite 99) näher motivirten Beschränkungen (welche besonders in den §§. 78, 79, 84, 95, 138, 147, 192 bis 194, 204 ff. aufgestellt sind), die durchaus gebilligt werden müssen, doch als eine wesentliche Grundlage für das Gesammt-Verfahren anerkannt zu sehen [82]).

Das, worauf es bei der Mündlichkeit ankommt, ist die Bewirkung der sogenannten Unmittelbarkeit, der zufolge das Verfahren, welches die dem Erkenntnisse unterzustellenden Thatsachen und Umstände liefert, vor dem erkennenden Gerichte stattfindet, welches auf nichts Anderes, als auf das in der Hauptverhandlung Vorgekommene sein Urtheil gründen soll, — im Gegensatz zu dem schriftlichen Prozesse, dem sogenannten Relations-Verfahren, und einer Methode, wo der Richter aus zweiter Hand, und nur aus Akten, jene von ihm zu prüfenden Grundlagen erhielt — wo es dann nothwendig und bei dem eigentlichen, schweren Verbrechen überall geboten war, daß das urtheilende Gericht ein von dem untersuchenden verschiedenes war, da jenes unter

---

[82]) Schon in so ferne, als sie, gegenüber den Vorschlägen, sie ganz bei Seite zu setzen, und es den verschiedenen Betheiligten zu überlassen, für Beibringung des von ihnen zu benutzenden Materiales zu sorgen — beibehalten, in den schweren Fällen für nothwendig, in anderen für zulässig erklärt, nur ausnahmsweise ganz ausgeschlossen, sodann daß sie einem Gerichte übertragen ist, bekundet sich die Würdigung der hier zu lösenden Aufgabe. — Wenn einzelne dringliche Handlungen der Staatsanwaltschaft überlassen bleiben, so wird mindestens da, wo auch nur eine Art richterlicher Cognition zur Sicherung gehört, diese nicht ausgeschlossen. Auch darf die Befugniß des Gerichtes, Anträge auf Erhebungen zurückzuweisen, nicht zu weit ausgedehnt werden. Es könnte dieß nur mit Beeinträchtigung der wahrzunehmenden Interessen geschehen, während im schlimmsten Falle eine überflüßige, aber nicht schädliche Mühe angewendet worden, indem dann entweder der Grund der ursprünglichen Weigerung sich bestätigt, oder, was hier wichtiger ist, das Gegentheil, immer dann aber ein bestimmtes Ergebniß vorliegt. Vergl. jedoch insbesondere Brauer im Gerichtssaal 1849 II., S. 321: „Die Voruntersuchung auf der Grundlage des Anklageprinzipes ꝛc."

Andern auch (so gut es bei der Schriftlichkeit und Nichtöffentlichkeit anging) die Recht- und Gesetzmäßigkeit des Verfahrens des Untersuchungsrichters zu prüfen hatte. Durchaus einverstanden mit dem, was die Motive (S. 101) bemerken, das mündliche und öffentliche Verfahren vor dem erkennenden Richter sei im Entwurf in Bezug auf alle Stufen der Gerichtsbarkeit (Schwurgerichte, Strafkammer der Kreisgerichte, Amtsgerichte) in der Weise durchgeführt, „daß die mündliche Verhandlung nicht eine bloße Wiederholung der vorangegangenen aktenmäßigen Erhebungen, sondern eine wirkliche, den Schwerpunkt des ganzen Verfahrens enthaltende, und die unmittelbare Grundlage des Endurtheils bildende Hauptverhandlung sein soll", müssen wir doch fragen: Wird man es (was so oft vorkommt) hindern können, daß thatsächlich die Hauptverhandlung nichts Neues zur Kenntniß bringt, sondern nur das, was in der Voruntersuchung festgestellt ist, reproduzirt? Und ist dieß ein Nachtheil für die Sache der Gerechtigkeit? Handelt es sich darum, daß hier etwas Neues, alle Theile, und insbesondere den wohl vorbereiteten Vorsitzenden gleichsam Ueberraschendes vorgebracht werde? Und wenn dieß der Fall ist, gewinnt die Sache des Rechtes, wenn nun sofort ein Urtheil unter Voraussetzungen gefällt wird, wo — dieß wird häufiger eintreten — eine Freisprechung dessen Inhalt sein muß, die allen Umständen nach unbegründet ist, — oder, und dieß wäre betrübender — wo eine Verurtheilung erfolgte, welche bei besserer Vorbereitung nicht wäre ausgesprochen worden, — oder endlich, was bei wirklich neuem Vorbringen der häufigere Fall sein wird, wenn die Vertagung und eine Ergänzung der Untersuchung durch weitere Ermittelungen als nothwendig im Interesse der Anklage oder der Vertheidigung, überhaupt also der Gerechtigkeit, beschlossen wird? Welcher Gewinn entsteht, wenn man nun auf einem Umwege zu der Forderung zurückkehren muß, eine möglichst gründliche Voruntersuchung in Betreff des in dem Hauptverfahren zu benützenden Stoffes zu haben?

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, „daß bei dem Uebergang in das neue Verfahren die Gewöhnung des Richterpersonales an die Formen des alten Verfahrens noch eine Zeitlang fortwirkt und den Gedanken der neuen Einrichtung nicht zur vollen Verwirklichung gelangen läßt" [83]). Ich habe dieß in weiterem Umfange sogar schon vor längerer Zeit ausgeführt [84]), und will auch jetzt noch mehr zugeben,

[83]) Motive, S. 98.
[84]) Meine Abhandlung im Archiv des Kriminalrechts, J. 1851, S. 163 ff.

nämlich, daß es sich bei dieser Gewöhnung der Richter am wenigsten um ein Festhalten an den alten Formen handelt, sondern geradezu um die Sache und die Erreichung des Zweckes. Ohnehin ist, was die Form betrifft, kein erheblicher Unterschied zwischen dem alten Untersuchungsverfahren und der Voruntersuchung, wie sie in dem neueren Gesetze vorgeschrieben wird[85]). So mag denn bei Anerkennung der sonst wohl zu billigenden Bestrebungen jener Richter eine Mahnung nicht am unrechten Orte sein — obschon wenn nachher in Betreff der Leitung und Einrichtung der Hauptverhandlung, gegen deren Prinzip und Bestimmung gefehlt werden sollte, dafür am wenigsten der Untersuchungsrichter, wegen zu großer Gründlichkeit, verantwortlich gemacht werden kann, denn nicht seine Sache, sondern die des Vorsitzenden, des Staatsanwaltes und Vertheidigers ist es, von den durch die Voruntersuchung gewonnenen Ergebnissen in der Weise Gebrauch zu machen, wie es durch den Zweck der mündlichen Hauptverhandlung geboten ist. Wenn „zu erwarten ist, daß die Untersuchungsrichter sich immer mehr von den angewöhnten Vorstellungen über die Aufgabe der Untersuchung losmachen und sich von dem Gedanken durchdringen lassen werden, daß künftig das Urtheil nicht mehr auf geschriebenen Akten, sondern auf die Ergebnisse der eigenen Anschauung in der mündlichen Verhandlung gegründet werden soll“[86]), — so wird erlaubt sein, in Beziehung auf die unter der Herrschaft der neuen Grundsätze sich ausbildenden Richter den Wunsch auszusprechen und die Hoffnung zu hegen, daß sie die naheliegende Gefahr vermeiden, in ein entgegengesetztes Extrem zu gerathen.

Am meisten wird der Unterschied bei dem Verhalten des Untersuchungsrichters gegen den Verdächtigen, Beschuldigten, hervortreten — insbesondere werden die frühern oft sehr weit ausgedehnten Bestrebungen

---

[85]) Und zwar nicht blos da, wo, wie in Preußen, der Richter geradezu an die in der Kriminal-Ordnung ertheilten Vorschriften gewiesen wird. Verordnung vom 3. Jänner 1849, §. 43 (siehe oben S. 39). Braunschweigische Strafprozeß-Ordnung, §. 36: „Die Untersuchungsrichter handeln selbstständig; sie verfahren nach den bestehenden Regeln des Untersuchungsprozesses —“ (siehe jedoch §. 43). Auch die andern Gesetzgebungen, welche in größerer Ausführlichkeit von der Voruntersuchung handeln, nehmen das, was die bisherige Erfahrung bewährt hat, und durch die Natur und den Zweck der Sache geboten ist, allerdings mit einigen Abänderungen auf, die aber um so weniger sich auf die Formen beziehen, als überhaupt (von der Spezial-Untersuchung, der feierlichen Beweisaufnahme, dem artikulirten Verhöre ꝛc. abgesehen) bei jenem vorbereitenden Verfahren von strengen Formen nicht die Rede ist. Vgl. Blanck a. a. O. S. 222, Zachariä a. a. O. Bd. II. S. 63, Not. 6, 7.

[86]) Motive, S. 101.

ein Geständniß herbeizuführen — wie dieß auch überall ausgesprochen ist, hinwegfallen, und dem Verhöre, so weit solches überhaupt stattfindet, gebührende Grenzen setzen[87]). Daß in dem frühern Verfahren, auch nachdem längst jeder Zwang zur Bewirkung eines Bekenntnisses untersagt und die s. g. media eruendae veritatis abgeschafft waren, auf das Geständniß ein hoher Werth gelegt wurde, ist nicht zu leugnen; nur darf man nicht alle Uebelstände, die sich hieraus ergaben, dem Inquisitionsprozesse zuschreiben — auch der alte Akkusationsprozeß legt auf das Geständniß jenen Werth und hält es (einige Ausnahmen abgerechnet) für recht, dasselbe durch die quaestio zu erlangen[88]). Und die nach der Aufhebung der peinlichen Frage dennoch fortbestehende Anerkennung der Bedeutung eines freien Bekenntnisses — an sich gerechtfertigt — ist nicht die Schuld der Mißbräuche, welche, oft aus mißverstandenem und zu weit getriebenem Eifer, zuweilen aus schlimmern Beweggründen Inquirenten zur Last fielen, die es gewissermaßen als Ehrensache ansahen, ein Schuldbekenntniß herauszubringen. Man kann es nur mit Zustimmung bemerken, daß jetzt alle Gesetzgebungen solchen möglichen Mißbräuchen von vorne herein begegnen, nicht nur durch Verbot irgend einer Einwirkung zur Erlangung eines Geständnisses, sondern jeder der Gerechtigkeit und Würde des Richteramtes widersprechenden Maßregel, um überhaupt eine Erklärung des Beschuldigten herbeizuführen[89]). Doch ist zweierlei nicht zu übersehen. Erstens, jenes Verbot ist nicht etwas Charakteristisches für die Voruntersuchung, als welcher auch dadurch ein Schranke gesetzt werden sollte, daß das Bestreben auf Herbeiführung eines Geständnisses sich nicht bethätigen dürfte; es bezieht sich auf das ganze Verfahren und

[87]) Mit einigen Beschränkungen kann noch immer zugegeben werden, was von Jagemann über „das Verhältniß des Untersuchungsrichters zum Angeschuldigten im Anklageprozesse" im Gerichtssaal Jahrgang 1849 I., S. 122 ausgeführt ist.

[88]) Davon, daß nur Sklaven, nicht Freie, der quaestio unterworfen werden konnten, wurden später vielfache Ausnahmen angeordnet. Rudorff Röm. R. G. II. S. 445.

[89]) Preußische Verordnung a. a. O. §. 18: „Zwangsmittel jeder Art, durch welche der Angeklagte zu irgend einer Erklärung genöthigt werden soll, sind untersagt." Wie sehr die nach Begriff und Zweck von der längst beseitigten peinlichen Frage verschiedenen sogenannten Ungehorsamsstrafen gemißbraucht werden konnten, um mittelbar den gesetzlich aufgehobenen Zwang zur Erpressung eines Geständnisses, mit dem Scheine des Rechtes wieder in Anwendung zu bringen, ist bekannt. Aber es bedarf nicht einmal jener Gefahr, um die Maßregel zu verwerfen, und die neueren Bestimmungen zu rechtfertigen.

hat ferner so wenig seinen Grund in dem (ohnehin nicht stattfindenden) Aufgeben des Untersuchungs-Prinzipes, daß es vielmehr auch unter Beibehaltung des nicht öffentlichen Untersuchungsprozesses, als durch Gerechtigkeit und Menschlichkeit gefordert erscheint, und sich daher auch in den Entwürfen jener Gesetze über das Verfahren findet, oder hier hätte finden müssen, welche auf die jetzt verlassenen Prinzipien gebaut waren. Zweitens, der Werth, den das freie Geständniß[90]) — und ein solches darf allein in Betracht kommen — nothwendig unter allen Umständen hat, wird in keinem gerechten Verfahren, welches auch dessen Form sein möge, verkannt werden dürfen[91]). So erhält es denn auch in der Voruntersuchung, wenn diese ein solches zum Ergebnisse hat, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, und zwar gleichwie das allein entscheidende, welches in der Hauptverhandlung abgelegt wird, in um so höherem Grade, als jede auch nur mittelbare Einwirkung auf dessen Erlangung ausgeschlossen ist. Es versteht sich, daß alle Bedingungen der Giltigkeit und Glaubwürdigkeit vorhanden sein müssen; aber daraus ergibt sich zugleich — jener gesetzlichen Beschränkungen ohngeachtet — die Pflicht des gewissenhaften Untersuchungsrichters eben sowohl für die Prüfung des Geständnisses, die Kontrole und Bestätigung, die Sicherung gegen Widerruf, oder die Begründung desselben, und beziehungsweise die Ermittelung der Unwahrheit, wenn auch nicht überall die Beweise zu erheben, so doch das nothwendige Materiale für die Hauptverhandlung herbeizuschaffen. Erklärt sich in der Voruntersuchung der Beschuldigte über sein Verhältniß zu dem Gegenstande seiner Vernehmung, bekennt er sich zu der That (worin noch nicht nothwendig ein Bekenntniß der Schuld enthalten ist), so

---

[90]) Vergleiche die Motive zu dem Entwurfe der Strafprozeß-Ordnung für Starkenburg und Oberhessen, S. 25 ff. Glaser in der allgemeinen österr. Gerichts-Zeitung Nr. 100, S. 391, der in seiner beifallswerthen Darstellung, deren erster Grundsatz ist, „daß die Wahrheit offenbar werde", sogar eine Verpflichtung des Angeschuldigten zu der Mitwirkung ausspricht: „gleichviel ob sie ihm nützlich oder schädlich". Sundelin in Goltdammer's Archiv VI., S. 624 ff.

[91]) Ueber den Werth des gehörig geeigenschafteten Geständnisses, und welche Beruhigung es auch für Richter und Geschworene bei der Verurtheilung auf ein solches gewährt, wenn es insbesondere durch andere Beweisgründe bestätigt wird, im Gegensatze zu dem Falle einer angenommenen Ueberführung, bei stetem Leugnen des Angeklagten, vollends wenn er standhaft seine Unschuld oder Nichtschuld behauptet, kann kein Zweifel sein. Vergleiche meine Abhandlung in den Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht, Bd. VII., S. 97 ff.: „Die Bedeutung des Geständnisses in den verschiedenen Formen des strafrechtlichen Verfahrens."

wird der Richter nicht gegen das Gesetz handeln, wenn er auf den Inhalt der Aussagen, auf das, was zu deren Begründung oder Entkräftung dienen kann, näher eingeht, was Alles gar wohl geschehen kann, ohne in die Verfahrensweise nach dem Grundsatze der sogenannten Inquirirkunst, in ihre nicht zu billigenden Ausartungen zu verfallen. Dieß nicht anzuerkennen, überhaupt davon auszugehen, daß der Verdächtige gar nicht verpflichtet sei, Rede zu stehen, sondern — woran man ihn ohnehin nicht hindern kann, wenn er es darauf ankommen lassen will — die Beweisführung gegen sich erwarten darf — vollends ihn gerichtlich abzumahnen, ein Geständniß abzulegen, — das ist eine Forderung, die nur unter der Geltung eines reinen, mehr privatrechtlichen akkusatorischen Prozesses, keineswegs aber für ein unserer Zeit angemessenes Verfahren, nach der richtigen Würdigung seiner Aufgabe gemacht werden kann. Was in dieser Beziehung im englischen Strafprozesse vorkommt, beruht auf Voraussetzungen und Grundsätzen, welche eine Uebertragung auf unsere Verhältnisse nicht gestatten [92]). Und doch ist es gerade dieses Recht (dem sich hierin einige wenige einheimische Gesetzgebungen anschließen), welches dem in der Hauptverhandlung abgelegten Schuldbekenntnisse ein so großes Gewicht zuschreibt, daß ein Urtheil auch ohne Mitwirkung der Geschworenen gefällt werden kann [93]).

---

[92]) Vergleiche Stephen Handbuch des englischen Strafrechtes und Strafverfahrens, übersetzt von E. Mühry, S. 460. Best's Grundzüge des englischen Beweisrechtes, bearbeitet und herausgegeben von H. Marquardsen, §. 348. Biener Das englische Geschwornengericht, Bd. I., S. 353 ff. Mittermaier Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, S. 352 ff.

[93]) Vergl. die preußische Verordnung vom 3. Jänner 1849, §. 98. Auch württembergisches Gesetz v. 14. August 1849, Art. 90. Ich will die Bestimmung nicht vertheidigen, die auch für entbehrlich gelten kann, weil, wo die Gerechtigkeit die Verurtheilung gebietet, wohl angenommen werden kann, daß die Geschworenen auch das „Schuldig" aussprechen, obschon einerseits die Erfahrung das Gegentheil lehrt, andererseits auch, unter eigenthümlichen, der gewissenhaften Prüfung unterliegenden Bedingungen eine solche, sonst auffallend erscheinende Erklärung wohl berechtigt sein kann (siehe meine Abhandlung im Gerichtssaal, Jahrg. 1850, I., S. 559 ff.). Will man eine derartige Bestimmung aus einem Mißtrauen gegen die Geschworenen erklären, denen man doch in den weit wichtigern und schwierigern Fällen, wo der Angeklagte „nicht schuldig" plädirt, das Urtheil überlassen muß, so ist jedenfalls für die englische Einrichtung und deren geschichtliche Entstehung dieser Umstand nicht entscheidend. Biener Das englische Geschwornengericht I., S. 310 ff.; v. Tippelskirch in Goltdammer's Archiv III., S. 365. — Uebrigens wird die Bestimmung, wie sie die preußische Verordnung vom 3. Jänner 1849, §. 98, aufstellt, nicht selten mißverstanden. Keineswegs genügt jedes Geständniß, selbst nicht das über die That hinausgehende, der Schuld; vielmehr ist jeder Zweifel an der Richtigkeit, im weitesten Umfange,

Allerdings kann nun auf das in der Voruntersuchung abgelegte Geständniß als solches gar kein Werth gelegt, und es muß vielmehr als nicht vorhanden betrachtet werden, wenn in der Hauptverhandlung der Angeklagte nicht gesteht, nicht sich schuldig bekennt. Ja man wird seine letzte, hier nach dem Grundsatze der Mündlichkeit und nach dem Zwecke des Hauptverfahrens allein maßgebende Erklärung nicht einmal als einen Widerruf in dem Sinne behandeln dürfen, daß ihm etwa eine Begründung desselben zugemuthet, und falls diese mißlingt, und er nicht dem gegen sich beweist, ein ihm nachtheiliger Schluß gerechtfertigt werden könnte.

Aber so wie im Falle einer gehörigen Begründung des in der Voruntersuchung Gestandenen, die Zurücknahme in der Hauptverhandlung seltener sein wird, als wenn in ersterer man sich bei diesem Geständnisse beruhigt, und weitere Erörterungen, als entbehrlich für Begründung der Anklage bei Seite gesetzt hätte, so wird die sorgfältige Untersuchung der Ermittelung der Wahrheit, auf welcher Seite sie auch sein möge, in dem Hauptverfahren zu Statten kommen. Können irgend welche auch außergerichtliche Geständnisse, z. B. bei der Ergreifung des Thäters, vor der Polizeibehörde, und die (im Gegensatze zu der eigentlichen gerichtlichen Prozedur in der Hauptverhandlung, hieher zu rechnenden) in der Voruntersuchung gerichtlich festgestellt werden, — und darüber, daß die Thatsache in der Anklage-Akte vorgetragen, und in der Verhandlung zur Sprache gebracht werden darf, ist kein Zweifel — so muß es den Urtheilenden, selbst dem Richter überlassen bleiben, welches Gewicht sie bei der Zusammenfassung alles dessen, was sie unmittelbar vernommen haben, dem früheren Geständnisse beilegen zu dürfen glauben. Seit die freie Beweismessung nach der gewissenhaften Prüfung der empfangenen Eindrücke, an die Stelle gesetzlich vorgeschriebener und bindender Beweisregeln getreten ist, läßt sich hierüber nichts Näheres bestimmen. Biener bemerkt indessen, selbst mit Rücksicht auf „juristische Richter", für welche eine legale Begrenzung auf gerichtlich ermitteltem Beweis bestehe[94]), aber der Formalismus abgestellt sei: „Sie dürfen also alle diese verschiedenen Arten von Geständnissen berücksichtigen, wenn sie gerichtlich feststehen, und

---

hinreichend, um eine Verurtheilung ohne Zuziehung der Geschworenen auszuschließen (siehe meine Betrachtungen, S. 58, und Kritik des preußischen Entwurfes, Seite 50, mit weitern literarischen Nachweisungen und Prüfung der verschiedenen Ansichten).

[94]) a. a. O. II., S. 97. Siehe auch Bland a. a. O., S. 360.

gleichwie sie nicht verbunden sind, dem in der Hauptuntersuchung geschehenen Geständnisse unbedingten Glauben beizumessen, so sind sie auch nicht gehalten, die früher abgelegten Geständnisse gänzlich zu ignoriren" [95]).

Ich will, indem ich die Bedeutung, welche ein in gründlicher Voruntersuchung hergestelltes Geständniß folgeweise für die Hauptverhandlung in gerichtlicher Feststellung haben kann, hervorhebe, keineswegs irgend eine weiter gehende Bestimmung in unsern Gesetzen oder Entwürfen bevorworten: aber je weniger es thatsächlich, und da die Geschworenen keine Rechenschaft über die Gründe ihres Spruches zu geben haben, — verhindert werden kann, daß sie auch dem in der Voruntersuchung abgelegten Bekenntnisse ein Gewicht zugestehen, um so mehr wird es die Vorsicht und die Förderung des Rechtes empfehlen, auch nach dieser Richtung hin der Voruntersuchung einen über den Zweck: der Bewirkung der Versetzung in den Anklagestand, hinausgehenden Charakter zu verleihen.

Für die Anwendung auf Umfang und Grenzen der Herbeischaffung und Benutzung anderer Beweismittel bedarf es keiner weiteren Ausführung. Nur ist nicht zu übersehen, daß, je weniger auf Erlangung eines Geständnisses hingearbeitet werden darf, um so mehr jede andere Sicherstellung der später zu benutzenden Beweismittel geboten ist.

Die Forderung möglichster Gründlichkeit, die meistens durch eine entsprechende Einrichtung der Voruntersuchung erfüllt werden kann, macht sich in gleicher Weise geltend, wo Geschworene [96]) mitwirken, als

---

[95]) Die rechtsverständigen Richter sind zwar auch nicht mehr durch Beweisvorschriften gebunden, jedoch müssen sie ihren Spruch auch in Ansehung des angenommenen Schuldbeweises durch Anführung von Gründen rechtfertigen. Bei ihnen kann sich also die Sache zum Theil anders gestalten. Jenes bestimmen alle neueren Gesetze (Planck a. a. O., S. 470), wobei nach dem noch geltenden Rechte in Oesterreich (St. P. O., §. 292) die gesetzliche Beweistheorie zu Grunde zu legen ist.

[96]) Der (ungenannte) Verfasser der „Betrachtungen über die Aufgabe und Vorschläge zur Einrichtung eines deutschen Geschwornengerichtes" in der deutschen Vierteljahresschrift, 1862, II., Nr. XCVIII, sagt S. 40 — allerdings nicht gerade mit Rücksicht auf unsere Frage — ganz richtig: „Fast jeder einigermaßen zusammengesetzte Indicienbeweis nöthigt dazu, bereits in der Voruntersuchung eine umfassende Beweisaufnahme eintreten zu lassen. Staatsanwaltschaft, Vertheidigung und Gericht haben an deren Vollständigkeit ein gleiches Interesse. Eine solche Voruntersuchung macht nothwendig den Eindruck eines vorläufig bereits abgeschlossenen und abgerundeten Ganzen, auf dessen Grund schon mit hoher oder höchster Wahrscheinlichkeit über das Ergebniß der Hauptverhandlung abgeurtheilt werden kann. Oder wenigstens erscheint die Beweisfrage bereits so zugespitzt, daß nur noch der oder

wo (bis jetzt noch in einigen Staaten) die Schwurgerichte nicht eingeführt sind. So bestimmt die Strafprozeß-Ordnung für das Königreich Sachsen, Art. 4: „Die Voruntersuchung erhebt den Thatbestand und sammelt die sowohl zur Ueberführung, als auch zur Entlastung des Angeschuldigten dienenden Beweismittel so weit, daß über die Verweisung zur Hauptverhandlung entschieden, und im Falle dieser Verweisung die Hauptverhandlung selbst ununterbrochen abgehalten werden kann." Von Beschränkungen wird nicht gesprochen, und die Praxis hat, wie in anderen Ländern, sich an das gehalten, was das Bedürfniß fordert, und nach dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmungen auch zulässig ist [97]).

Es darf schon hier erinnert werden, daß, wenn der in neuester Zeit immer mehr Vertheidiger findende Vorschlag, die zweite Instanz

jener Punkt als zweifelhaft oder entscheidend betrachtet werden kann." Das ist aber kein Hinderniß, in der Hauptverhandlung, die solchergestalt gründlich vorbereitet ist, der Gerechtigkeit zu dienen. Ferner S. 42: „Uebrigens sind Verhandlungen vor Geschworenen meistens eingehender und gründlicher oder doch umständlicher, eine unabweisbare Folge der Nothwendigkeit, die ganze Art der Beweisaufnahme und Wahrheitsermittelung der Fassungskraft der Geschworenen anzupassen," und S. 67, im Anschlusse an seinen Vorschlag über die Auswahl der zu berufenden Gruppen von Geschworenen: „— und zwar um so besser, je gestissentlicher in den betreffenden Fällen, besonders des Indicienbeweises, die vorausgehende Untersuchung mit deutscher Gründlichkeit geführt — wird." Es darf hinzugefügt werden, — und darum ist auch stets auf das freie Geständniß hoher Werth zu legen — daß mit der Beseitigung der gesetzlichen Vorschriften über Wahrscheinlichkeit und s. g. unvollständigen Beweis, über die Wirkung der Indicien ꝛc. die in der Sache selbst, in der Natur menschlicher Erkenntniß liegenden Schwierigkeiten nicht eben so beseitigt werden.

97) Schwarze Kommentar zur königlich sächsischen Strafprozeß Ordnung, Einleitung, S. 14 u. S. 41, ist gewiß nicht der entgegengesetzten Ansicht; vergl. insbesondere dessen Ausführung zu Art. 135 über den Schluß der Voruntersuchung, Seite 222. In Betreff der Ungenauigkeit und Lückenhaftigkeit der Voruntersuchungen in Frankreich, auch bezüglich der Erhebung des Thatbestandes wird auf Archiv des Kriminal-Rechtes, Jahrg. 1837, S. 15, verwiesen. Zachariä Die Gebrechen des deutschen Strafverfahrens, S. 180 ff. Der Verfasser hebt hier auch die Bedeutung des Geständnisses in der Voruntersuchung und dessen Verhältniß zur Feststellung des Thatbestandes hervor, unter Bezugnahme auf meine Abhandlung in der Zeitschrift für das deutsche Strafverfahren, Neue Folge, Bd. I., S. 196 ff.; siehe auch Art. 4 und 117, und zu ersterem Schwarze's Warnungen vor Mißverständnissen, in Betreff dessen, was gefordert werden muß, und zwar „in der Voruntersuchung um so gründlicher, als die Hauptverhandlung die interlokutorischen Verordnungen des früheren Rechtes nicht kennt, und die Vertagung derselben fast stets mit Nachtheilen verbunden sein wird. Es gehört zu den Vorzügen des frühern deutschen Strafverfahrens, daß in ihm der Ermittelung und Feststellung des Thatbestandes besondere Sorgfalt gewidmet wurde. Diesen Vorzug will das neue Verfahren nicht beseitigen, noch mit anderen Einrichtungen ersetzen."

in Folge der Berufung, aufzugeben, wo es also bei dem erstinstanzlichen und einzigen Erkenntnisse sein Bewenden haben sollte, angenommen werden sollte, die Forderung einer möglichst vollständigen Voruntersuchung sich noch unabweislicher geltend macht. Nicht als würde diese überall jetzt vermißt: aber man darf sich auf angesehene Praktiker für die Erfahrung bezeichnen, daß nicht selten der Umstand, wornach man glaubt annehmen zu dürfen, das erste Urtheil sei doch nicht das entscheidende, sondern das Appellations-Urtheil, den Vertheidigern dieses letztern hinreichende Veranlassung bietet, auf die „geringe Sorgfalt bei Führung der Voruntersuchung" hinzuweisen; so wie, daß an manchen Orten jene Rücksicht, ob Berufung stattfinde oder nicht, einen Einfluß auf die geringere oder größere Sorgfalt ausübt, mit welcher die Voruntersuchung geführt wird[98]).

Es ist eine häufig wiederholte Warnung, oder Besorgniß, die man sowohl in den Motiven zu Gesetz-Entwürfen, als in Beurtheilungeu von solchen, und in Abhandlungen über das neue Verfahren[99]) findet,

---

[98]) General-Staats-Anwalt Dr. Schwarze in der (von ihm redigirten) Allgem. Sächsisch. Gerichts-Zeitung, 1861, S. 219 ff. Derselbe in der Allgem. Oesterr. Gerichts-Zeitung, 1861, Nr. 79. Vergl. auch Schletter's Jahrbücher, Bd. VIII., 1862, S. 151. Hier heißt es: „Man führt in Geschwornen-Gerichtssachen die Voruntersuchungen sorgfältiger und genauer, weil die Entscheidungen inappellabel sind — und man führt sie in den übrigen Sachen weniger sorgfältig, weil die Entscheidungen appellabel sind." Wenn dem so ist, so muß bemerkt werden, daß, da gerade in Schwurgerichtsfällen die Voruntersuchung stets nothwendig, hier aber jene Beschränkung mit Rücksicht auf die Frage über die Versetzung in den Anklagestand ausgesprochen ist — ein richtiges Gefühl, oder die Erwägung leitet — wie in solchen Fällen, wo — von der Wichtigkeit abgesehen — durch kein Rechtsmittel geholfen zu werden vermag, Alles von Gründlichkeit abhänge.

[99]) Siehe z. B. Planck, S. 214, der sich indessen in der ganzen Darstellung vorsichtig ausspricht. Zachariä a. a. O. II., S. 64. Glaser in dem angeführten Elaborate Nr. 103, S. 409: „Neben der Durchführung des Anklaprozesses erscheint die Verwirklichung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens als die unerläßliche Voraussetzung jeder wahrhaften Verbesserung desselben. Oeffentlichkeit und Mündlichkeit aber sind bedingt durch die richtige Regelung des Verhältnisses der Voruntersuchung zur Hauptverhandlung. Zwar nicht ihrer Natur nach, aber nach den auf dem gesammten europäischen Kontinente herrschenden Anschauungen ist die Voruntersuchung schriftlich und geheim; Oeffentlichkeit und Mündlichkeit können also nur für die Hauptverhandlung maßgebend sein, und üben daher auf den Prozeß nur in so weit Einfluß, als die Hauptverhandlung in demselben überwiegt." Man kann mit dieser Ansicht sich ganz einverstanden erklären; ich gehe noch weiter und verlange für die Hauptverhandlung nicht blos das Ueberwiegen, sondern die ausschließliche Begründung des Urtheils; es kommt nur darauf an, die Ergebnisse einer gründlichen Voruntersuchung in gesetzlicher Weise den Forderungen der Unmittelbarkeit anzupassen. Daß es nicht in der Natur der Voruntersuchung liege, wenn man deren Charakter und Bestimmung sich

es habe die vollständige Voruntersuchung den Erfolg, die Bedeutung der Hauptverhandlung herabzusetzen, und letztere nur als eine Reproduktion des bereits Verhandelten, somit als eine unnütze Formalität erscheinen zu lassen. Hier ist Wahres und Falsches verbunden. Es verdient der Gegenstand wohl etwas näher in's Auge gefaßt zu werden. Wir dürfen hoffen, auch mit den wohlgesinnten Gegnern uns zu verständigen, indem wir nur an die Spitze den wohl von keiner Seite bestrittenen Grundsatz stellen, daß das letzte Zeit des gerechten Verfahrens überhaupt und in jedem besonderen Falle ist, das Recht zur Geltung zu bringen. Ferner soll sofort nochmals bemerkt werden, daß der sogenannte Schwerpunkt in die mündliche Hauptverhandlung fallen müsse, oder bestimmter, daß nur dasjenige die Grundlage des zu schöpfenden Erkenntnisses sein dürfe, was in jenem vorgetragen wird. Wir haben es also mit der Frage zu thun, ob eine möglichste Vollständig-

---

vergegenwärtigt, öffentlich zu sein, muß ich, ohngeachtet der entgegengesetzten Behauptung des Verfassers und der englischen Verfahrensweise, geltend machen, hier aber auf die Ausführung Verzicht leisten. Derselbe fährt nun fort: „Es muß nun aber geradezu als eine Lebensfrage für das künftige Strafverfahren angesehen werden, daß insbesondere die Mündlichkeit zur vollen Wirksamkeit gelange. Denn wenn man gleich den Werth der Mündlichkeit im Strafverfahren nicht hoch genug anschlagen kann, weil nichts so wirksam gegen etwaige Mißgriffe der Richter schützt, als die durch sie gebotene Unmittelbarkeit der Anschauungen, so kann man sich doch nicht verhehlen, daß dieser Vortheil, wenn er der einzige bleibt, sehr theuer erkauft wird. Wenn nämlich die mündliche Verhandlung nichts anderes ist, als die Wiederholung der schon vorher vollständig zusammengebrachten, gesichteten und geordneten Materialien des Prozesses, so kann es nicht fehlen, daß man in ihr eine wenigstens in vielen Fällen entbehrliche Förmlichkeit sieht, und daß man sich die Frage vorlegte, ob nicht mit ihr eine nicht immer zu rechtfertigende Verlängerung des Prozesses, eine schwere Belästigung für die Richter und Zeugen, welche Letztere aber- und abermals vorgerufen werden, um immer dasselbe auszusagen, endlich eine empfindliche Erhöhung der Anforderungen an die Kräfte der Beamten und den Staatsschatz verbunden sei, Nachtheile, welche selbst durch jene Vortheile nicht immer aufgewogen werden können (?). Nur, wenn die Mündlichkeit eine Wahrheit wird, d. h. wenn die Hauptverhandlung wirklich eine Verhandlung, und nicht blos eine Reproduktion des bereits Verhandelten ist, schlagen alle jene Nachtheile in ihren Gegensatz um, und während die Unmittelbarkeit und Lebhaftigkeit der in der Verhandlung erzielten Eindrücke wächst, wird das Verfahren ein einfaches, rasches, energisches, und es zeigt sich, daß die Zwecke der Strafrechtspflege durch sie zugleich am sichersten und am leichtesten erreicht werden." Auch hier viel Treffendes, aber auch theils Ungegründetes, theils Untergeordnetes. Praktisch ist die Sache nicht so einfach. Und die Erreichung der Zwecke der Strafrechtspflege kommt nicht zugleich neben etwas andern, sondern vor Allem und allein in Betracht. Alles Andere ist dazu nur Mittel. Aber auch wir erkennen die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung als das geeignetste Mittel an.

keit mit jenem Zwecke unvereinbar, oder nicht vielmehr demselben förderlich sei? Ob überall unter jener Voraussetzung nur eine Reproduktion stattfinde? Und ob, wenn dieses der Fall, dadurch die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung beeinträchtiget werde?

Die Lebensfrage für das künftige (auch jetzt bei uns bestehende, und überhaupt für jedes) Strafverfahren ist die, daß dasselbe die Verwirklichung des Rechtes bedinge. Dafür ist die Mündlichkeit vor dem erkennenden Richter eines von mehreren gleich nothwendigen Mitteln, aber sie selbst ist nicht in dem Sinne Zweck, daß ihre, und nur ihre Verwirklichung eine Lebensfrage wäre. Wenn zugegeben wird, daß, so ferne dieß der einzige Vortheil wäre, derselbe zu theuer erkauft würde, — so wird man um des höheren Zweckes willen sorgen müssen, daß die Hauptverhandlung leisten könne, was sie soll. Doch müssen wir erinnern, daß, wenn, wie es der Fall ist, die neue Verfahrensweise ein Mittel bietet, Mißgriffe des Untersuchungsrichters zur Kenntniß zu bringen und denselben abzuhelfen — was doch vornehmlich im Sinne der Vertheidigung und zu Gunsten des Angeschuldigten bewirkt wird, schon dieser eine Vortheil, gegenüber dem früher schriftlichen Verfahren, in seiner Bedeutung anzuerkennen sei, und daß dagegen die Belästigung der Richter und Zeugen ꝛc., die Anforderungen an den Staatsschatz, wenn sie wirklich überall stattfanden, als dem Zwecke der Gerechtigkeit untergeordnet, beziehungsweise demselben dienend, nicht in Betracht kommen dürfen [100]).

---

[100]) Es verhält sich aber auch nicht so. Berücksichtiget man den Aufwand an Zeit und an Kräften bei der Urtheilsfällung auf Grund der Akten, der Relation und Korrelation in den eigentlichen peinlichen (den jetzigen Schwurgerichts-) Fällen im schriftlichen Untersuchungsprozesse, so wird man zugeben müssen, daß dieser bei weitem überwiegend war gegenüber dem jetzigen Verfahren vor dem erkennenden Gerichte, welches (in der Regel) das Erkenntniß sofort ausspricht, und durch den Ausspruch der Geschworenen eines Theiles seiner früheren Aufgabe und Arbeit überhoben ist, u. zwar des oft schwierigsten und zeitraubendsten, den Thatbestand zu prüfen, die Beweisfrage zu beantworten und überhaupt alle die Fragen zu entscheiden, auf Grund deren erst von den rechtlichen Folgen die Rede sein kann, welche allein jetzt die Staatsrichter beschäftigen. Und selbst, wo diese, ohne Geschworene, auch jene Fragen entscheiden, ist seit dem Hinwegfallen der gesetzlichen Vorschriften über die Wirkungen der Beweise, ohngeachtet ihrer Verpflichtung auch diesen Theil ihres Erkenntnisses durch Gründe zu rechtfertigen, ein leichterer. Dasselbe gilt von der mündlichen, jedenfalls eindringlichern Vertheidigung gegenüber den früheren oft sehr sorgfältig ausgearbeiteten ausführlichen Schutzschriften. Beispiele liegen zahlreich vor in den bekannten Werken. Ich will nur unter Andern auf die vielen umfassenden Relationen, Defensionen und Gutachten in Hitzig's Annalen der Strafrechtspflege in Deutschland und in dessen Zeitschrift für die Strafrechtspflege in Preußen

Kehren wir aber zu jenen Fragen zurück, die ich in Verbindung erörtere. Alles, was die Hauptverhandlung leisten soll, und zwar recht eigentlich als durch die Unmittelbarkeit vor dem erkennenden Richter bestimmt, damit sie ihrem Zwecke entspreche, beruht auf einer gründlichen Voruntersuchung, der vollständigen Sammlung des zu benutzenden Materiales und der Kenntniß seiner Bedeutung. Wenn nach allen Gesetzen — wie es ja nothwendig ist — der Staatsanwalt und der Vertheidiger vor dem Termine die vorzuladenden Zeugen ꝛc. dem Gerichte namhaft zu machen haben, wenn dann der Gegenpartei hievon Nachricht gegeben, wenn der Richter darüber, ob jene sämmtlich vorzuladen, oder solche auszuschließen seien, deren Aussagen er für unerheblich oder entbehrlich erachtet, oder deren Denominirung er nur für ein von dem Angeklagten ergriffenes Mittel der Verzögerung der Sache erachtet, — wo dann manche Gesetze noch den Ausweg offen lassen, solche Zeugen auf Kosten des Produzenten vorzuladen, — so setzt Alles dieß, so wie was noch der eigenen Entschließung des Vorsitzenden anzuordnen überlassen ist, voraus, daß die Voruntersuchung mit einer Vollständigkeit geführt, beziehungsweise durch noch zu verfügende gerichtliche Handlungen ergänzt sei, welche, über die Grenzen der Erfordernisse der Versetzung in den Anklagestand hinausgehend, geeignet sei, den Erfolg der Hauptverhandlung zu sichern und vornehmlich auch, daß diese ununterbrochen vor sich gehen könne. Könnte wohl die mit Recht geforderte „Energie, Raschheit und Einfachheit des Verfahrens" stattfinden, wenn in Ermangelung gründlicher Vorbereitung, ungeahnte neue Thatsachen die weitere Instruktion und Verlegung geböten, oder die Besorgniß obwalten müßte, ohne jene ein bedenkliches und nicht zum rechten Ziele führendes Verfahren fortzusetzen? Ganz vermieden kann jenes zwar nicht werden, und es muß dann die durch die Gerechtigkeit geforderte weitere Instruktion, ohne Rücksicht auf den Aufwand von Zeit, Kräften und Kosten stattfinden[101]). Aber man wird

---

Bezug nehmen, welche Zeugniß geben sowohl von der Gründlichkeit des Verfahrens, als von dem allerdings nicht zu vermeidenden Zeitaufwand von Wochen und Monaten, bevor der Vertheidiger, dann der Referent, auch wohl noch ein Korreferent ihre Arbeiten einreichen und die Sache zum Vortrage in der Sitzung bringen konnten.

[101]) Preußischer Entwurf, §. 350, und meine Bemerkungen in der Kritik, S. 141 ff. Planck a. a. O., S. 331, 449 ff. Die weitere Instruktion kann, wo sie nothwendig erscheint, vor der Ansetzung des Termines zur Hauptverhandlung angeordnet werden. Hier ist aber insbesondere von der erst in der Hauptverhandlung sich ergebenden Nothwendigkeit der Vertagung die Rede,

gewiß es für recht und angemessen halten, daß durch die möglichste Sorgfalt bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung jene Fälle zu den ausnahmsweisen herabgesetzt werden.

Es ist bereits bemerkt worden, daß in vielen Fällen, es thatsächlich auch bei dem Festhalten an jener Grenze für die Voruntersuchung nur das Material für die Beantwortung der Frage über die Versetzung in den Anklagestand zu liefern, nicht anders sich gestalten werde, als so, daß in Ansehung des Inhaltes wirklich nur eine Wiederholung (Reproduktion) des bereits Bekannten und Ermittelten stattfinden kann. Es läßt sich ja nicht überall eine Grenze ziehen, und wenn, was die Voruntersuchung geliefert hat, Alles, nicht mehr und nicht weniger als jener oft erwähnte nächste Zweck bedingt, zugleich für die Hauptverhandlung den ausreichenden Stoff darbietet, so wird man sich — da es nun einmal nicht anders sein kann — dabei wohl beruhigen müssen. Aber auch dürfen. Denn was in der Voruntersuchung und wie es vorgekommen ist, in Betreff der Herstellung des Thatbestandes und des Verfahrens im Verhältniß zu dem Angeschuldigten, das ist keine Verhandlung und beeinträchtigt nicht die Hauptverhandlung. Auch wird kein Ergebniß ausgesprochen, außer dem, daß die Hauptverhandlung nunmehr einzuleiten sei, und auch dieses noch nicht gegenüber Denen, vor welchem als erkennenden Richter dieselbe stattfindet.

Sodann ist zweierlei nicht zu übersehen. Die Richter in der Hauptverhandlung sind — und darin stimmen ohngeachtet sonstiger Abweichungen in Betreff der Gerichtsverfassung — wohl alle Gesetzgebungen überein, nicht die nämlichen, welche bei der Untersuchung thätig gewesen, oder bei dem Beschlusse über Versetzung in den Anklagestand mitgewirkt haben[102]). Für sie und eben so für die erst in der Sitzung ausgelosten Geschworenen ist Alles, was jetzt in der Hauptverhand-

---

die unter Anderem auch auf dem Bedürfnisse einer Ergänzung der Voruntersuchung beruhen und dann von Amtwegen oder auf den Antrag des Vertheidigers oder der Staatsanwaltschaft beschlossen werden kann.

[102]) Bremer Entwurf (1863), §. 33, Absatz 2: „Die Mitglieder der Anklagekammer, welche zu dem Anklagebeschlusse mitgewirkt haben, so wie der Untersuchungsrichter, können in der Sache nicht Mitglieder des Schwurgerichtes sein." Vergl. §. 612, Nr. 3. Oesterr. Entwurf, §. 344 a. E.: „Wer in einer Sache Untersuchungsrichter gewesen, oder an der gerichtlichen Entscheidung über die Versetzung in den Anklagestand Theil genommen hat, kann bei sonstiger Nichtigkeit nicht Mitglied des Schwurgerichtes sein." Württemb. Entwurf (1863), Art. 54, Nr. 6. Baden (1863), §. 37: „Unfähig zur Ausübung des Richteramtes ist ferner Derjenige, welcher in der Sache als Staatsanwalt, Untersuchungsrichter, als Mitglied der Raths- und Anklagekammer oder in einer früheren Instanz als Richter thätig war."

lung vorkommt, vorgetragen, ausgesagt, bestritten, zugegeben oder sonst auf die der Unmittelbarkeit entsprechende Weise beigebracht wird, ganz neu. Schon darum sollte man nicht von einer bloßen Reproduktion und leeren Förmlichkeit sprechen. Das ist das Eine.

Das Andere ist der Unterschied zwischen den in der Voruntersuchung stattfindenden Ermittelungen und Beweisaufnahmen zur Vorbereitung des Hauptverfahrens und der Vorführung und Benutzung dieses Stoffes als Gegenstand der kontradiktorischen Verhandlung, die erst jetzt erfolgt zum Zwecke der Beurtheilung der Sache. Was in der Voruntersuchung oft durch längere Zeiträume getrennt vorkommt, die verschiedenen Thätigkeiten bei Herstellung des objektiven Thatbestandes, die Vernehmungen der Zeugen, Sachverständigen, des Beschädigten oder Verletzten, des Verdächtigen, Angeschuldigten, eine Reihe einzelner, und zum Theile (ohngeachtet des Festhaltens eines gewissen Planes des Instruktionsrichters, beziehungsweise des Staatsanwaltes) von einander unabhängiger Geschäfte und Handlungen — das wird — und erst jetzt — in dem Begriffe des zur Last gelegten Verbrechens — in eine Einheit zusammengefaßt, in einen Zusammenhang gebracht und von einem rechtlichen Gesichtspunkte aus, in der Leitung durch den Vorsitzenden [103]), in Anklage und Vertheidigung und deren Begründung und Vorführung des Belastungs- und Entlastungsbeweises in einer Weise erörtert, welche selbst dann, wenn dem Inhalte nach und thatsächlich nichts Neues vorkäme, von einer Reproduktion und Wiederholung diesen Richtern gegenüber durchaus verschieden ist.

Ich muß nochmals darauf zurückkommen. Der begriffsmäßige Unterschied der Vor- und der Haupt-Untersuchung besteht weder nothwendig in einem Minder und Mehr des Stoffes — als ein quantitativer, noch in einer Verschiedenheit desselben, namentlich als wenn das etwaige Mehr, was letztere der behaupteten Beschränkung gegenüber bietet, auch etwas Neues sein müsse — als ein qualitativer; es kann das Eine und das Andere der Fall sein, aber es kommt nicht darauf an. Der Inhalt kann aber der gleiche sein, und es wird dennoch das, was in der Hauptverhandlung zusam-

---

[103]) Eine spruchreife Voruntersuchung — wenn man diese von Triest in seiner Abhandlung im Gerichtssaal 1857, II., S. 180 gebrauchte doppelsinnige Bezeichnung — nicht auf den nächsten Zweck der Versetzung in den Anklagestand, sondern auf einen weiter gehenden bezieht — wird demnach nicht zu den Besorgnissen Anlaß geben, welche er ausspricht. Man müßte denn an der rechtlichen Gesinnung oder der Einsicht der Richter zweifeln.

mengefaßt wird, in der Form, in der es vorkommt, in der Weise, in welcher durch Benutzung der Beweismittel die Ergebnisse gewonnen, und wie diese nunmehr von den Betheiligten, je nach deren Standpunkte, mit ihren rechtlichen Folgen dargestellt werden — als eine neue Gestaltung hervortreten. Und jedenfalls darf und soll nur das solchergestalt Vorgetragene die Grundlage für die Beurtheilung abgeben[104]). Nun kann allerdings der Inhalt in beiden Abtheilungen des Verfahrens der nämliche sein, und je vollständiger und umsichtiger die Vorbereitung stattgefunden hat, um so mehr wird entweder dieses der Fall, oder es wird ein Mittel gegeben sein, die in der Hauptverhandlung nicht hervortretenden Abweichungen auf den rechtlichen Standpunkt — widerlegend oder bestätigend — zurückzuführen. So z. B. wenn ein früher abgelegtes Bekenntniß jetzt zurückgenommen wird, wenn die Sachverständigen ihre gutachtliche Aeußerung ändern oder modifiziren, wenn Zeugen ihre in den ersten Vernehmungen gemachten Angaben beschränken, erweitern, abändern, wo es dann Gegenstand der Erörterung sein wird, wie dieß zu begründen, ob eine wirkliche und der Wahrheit entsprechende Berichtigung, oder die Beseitigung eines Mißverständnisses vorliege, oder ob in der ersten oder der zweiten Periode, oder auch in beiden eine geflissentliche Abweichung von der Wahrheit und dem besseren Wissen obwalte. Möge nun hiernach die Sache, da noch weitere Erörterungen für nöthig erachtet werden, vertagt, oder möge sie dennoch sofort entschieden werden — immer bleibt es den Urtheilern (Geschworenen und Richtern) überlassen, den Werth der in dieser zweiten Periode des Verfahrens vorgebrachten Beweise zu bestimmen. Aber der Hauptverhandlung wird durch die gründliche Voruntersuchung nicht zu nahe getreten. Im Gegentheile, sie wird, nach den verschiedenen Seiten hin, die sie darbieten kann, gesichert und die gerechte Entscheidung möglich gemacht, ohne daß das in der Voruntersuchung Festgestellte — als solches — den Stoff, welcher dem Urtheile unterzustellen ist, formell und unmittelbar darböte.

Man sollte doch nie vergessen, daß es sich hier nicht um eine

---

[104]) In einem andern Zusammenhange knüpft Sundelin in der Abhandlung im Gerichtssaal 1858, S. 401 ff. „die Zurückführung der sogenannten Plaidoyer's im Schwurgerichtsverfahren auf den ihnen gebührenden Ort und Werth" — an die Eindrücke, welche die Beredsamkeit des Staatsanwaltes und des Vertheidigers auf die Geschworenen machen — Besorgnisse, welche nicht in Abrede zu stellen sind, jedenfalls aber bestätigen, daß die gegenwärtigen Verhandlungen, nicht aber die Ergebnisse der Voruntersuchung das für die Beurtheilung Bestimmende sind.

dramatische Darstellung handle, wiewohl der in dieser Hinsicht zuweilen gemachte Vergleich hie und da paßte; auch nicht um einen Kampf zwischen zwei gleichberechtigten Parteien, der in einer gewissen Symmetrie hinsichtlich der Gleichheit der Mittel und Waffen und der Art ihres Gebrauches zu führen wäre — obwohl auch dieß, in großer Uebertreibung Behauptete, innerhalb der durch die Natur der Sache und den besonderen Fall gegebenen Grenzen eine gewisse Berechtigung hat, — sondern einfach um Gerechtigkeit, Wahrheit und ein Verfahren, welches diese zum Inhalte, zum Ausgangspunkte und zum Ziele hat. Ich versage mir, indem ich mich darauf beschränke, für das vorbereitende Verfahren die ihm gebührende Bedeutung in Anspruch zu nehmen, die weitere Ausführung der Abwege, auf welche die Gesetzgebung über das Strafverfahren zu gerathen in Gefahr steht, und die Begründung meiner Ansicht durch die Zergliederung einiger vorgekommener Verhandlungen, da dieß nicht ohne eine an dieser Stelle zu vermeidende Weitläufigkeit geschehen könnte.

Keineswegs geht unsere Forderung dahin, daß die Gesetzgebung so umfassende Bestimmungen über die Untersuchungsführung aufstelle, wie sie unter der Herrschaft der jetzt verlassenen Grundsätze und in dem früheren Verfahren nothwendig erschienen. Zwar sind gewisse, selbst in's Einzelne gehende Vorschriften, insbesondere welche die Herstellung des Thatbestandes betreffen, unentbehrlich. Ferner werden andere in unserer Zeit auch deshalb gefordert, weil nach den neueren Gestaltungen und Auffassungen der bürgerlichen Freiheit und der sogenannten politischen Rechte der gesetzliche Schutz, welcher gegen mögliche Willkür geboten ist, nur durch ein in bestimmten Formen und Grenzen sich haltendes Verfahren gewährt zu werden vermag, um in jenen die Fälle zu bezeichnen, und die Regel für deren Behandlung aufzustellen, wo vom Standpunkte der Strafrechtspflege aus, die in den engsten Grenzen anzuerkennende Nothwendigkeit eines auch nur scheinbaren Eingriffes oder einer Beeinträchtigung, sich geltend macht. So wie aber selbst hier nicht überall durchgreifende Vorschriften ertheilt werden können, so wird vollends im Uebrigen die Gesetzgebung besser thun, sich unter Aufstellung der allgemeinen und leitenden Grundsätze der zu weit gehenden besonderen Bestimmungen zu enthalten; so namentlich in Betreff der Vernehmung des Angeschuldigten und des Verfahrens, je nachdem ein Geständniß abgelegt wird, oder die Beschuldigung in Abrede gestellt wird. Man darf — wie es ja auch geschieht — dem richtigen Takte gerechter und einsichtsvoller Untersuchungsrichter vertrauen, denen der Ernst und die

Wichtigkeit ihrer Aufgabe kein Hinderniß sein soll und darf, jede mit der Gerechtigkeit zu vereinigende und unter dieser Voraussetzung gebotene Schonung zu beobachten und die Humanität mit der Strenge des Rechtes zu verbinden. Welche große und oft feine Unterschiede zeigen sich oft bei den einzelnen Personen, welche in die Lage gerathen, einer Untersuchung unterworfen zu werden, nach allen hier in Betracht kommenden Rücksichten, wo die Wahrheit erst ermittelt, ein Ergebniß im Sinne des Rechtes vorbereitet, nirgends aber nur die Bestätigung einer vorgefaßten Meinung oder einer Voruntersuchung gesucht werden soll!

Schließlich erlaube ich mir, die Ergebnisse meiner Ausführung in einige kurze Sätze zusammenzufassen:

1. Eine gründliche und möglichst vollständige Voruntersuchung in den Fällen, wo letztere überhaupt unbedingt nothwendig oder bedingt zulässig ist, wird durch die Aufgabe der Strafrechtspflege geboten.

2. Sie hat sich nicht auf die Herstellung der Voraussetzungen hinsichtlich der Versetzung in den Anklagestand zu beschränken — wird aber, je gegründeter sie ist,

3. entweder zu dem Ergebnisse führen, daß eine rechtliche Veranlassung nicht vorhanden sei, eine bestimmte Person in den Stand der Anklage zu versetzen,

4. oder so fern diese Voraussetzung geboten erscheint, das Hauptverfahren in einer der Gerechtigkeit entsprechenden Weise vorbereiten und die Gefahr beseitigen, auf jetzt erst hervortretende neue Thatsachen (nova) eine Vertagung zu verfügen oder sofort ein nicht selten bedenkliches Urtheil auszusprechen.

5. Die Ergebnisse der (nach unserer Ansicht über jenen nächsten beschränkenden Zweck hinausgehenden) Voruntersuchung dürfen als solche niemals die Bedeutung des mündlich-öffentlichen Hauptverfahrens, oder der Unmittelbarkeit, vor dem erkennenden Gerichte beeinträchtigen, da nur, was in dieser auf gehörige Weise Gegenstand der Verhandlungen ist, berücksichtiget werden darf; aber

6. jene Ergebnisse eben auf gehörige Weise mit dem Charakter der Unmittelbarkeit versehen, werden dazu dienen, das Recht zur Geltung zu bringen.

7. Die unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte stattfindende mündlich-öffentliche Verhandlung ist ihrer Natur nach nicht eine bloße Wiederholung oder Reproduktion des in der Voruntersuchung Vorgekommenen; und selbst dann nicht, wenn sie — was auch

nach jener Beschränkung Nr. 2 nicht immer vermieden werden kann — dem Inhalte nach durchaus nichts Neues herausstellt.

8. Und gesetzt, es wäre wirklich nur eine — doch immer in anderer Form und vor andern richterlichen Personen erfolgende Reproduktion — so wäre dieß für den Zweck, darauf ein rechtliches und gerechtes Erkenntniß zu gründen, kein Nachtheil — vielmehr ein nicht zu verkennender Vortheil, oder eine unerläßliche Voraussetzung für eine die Gerechtigkeit fördernde Hauptverhandlung.

Darauf allein, nicht auf irgend welche andere Rücksichten, die aus der Symmetrie, dem Zeit-, Kraft- und Kosten-Aufwande, dem akkusatorischen Prinzipe entlehnt werden, kommt es bei gerechter Handhabung des Rechtes, bei der Strafrechtspflege, für die Gesetzgebung, für den Ankläger und Vertheidiger, für den untersuchenden, den das Hauptverfahren leitenden, den erkennenden Richter und die Geschworenen an!

II.

Beiträge zur Lehre der Grunddienstbarkeiten nach österreichischem Rechte.

Vom Herrn Dr. Leo Nagel in Prag.

I.

Stellung und Erklärung des Begriffes der Grunddienstbarkeit.

Seit der Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts unterschied man nach Hahn's Vorgang in seiner zu Helmstädt erschienenen dissertatio de jure rerum et juris in re speciebus fünferlei dingliche Rechte, nämlich: Besitz, Eigenthum, Servitut, Pfand- und Erbrecht, eine Eintheilung, welche lange nach ihrer Aufstellung die herrschende blieb, dem Standpunkte entsprach, auf welchem die Verfasser des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches standen, und deshalb auch in den §. 308 a. b. G. B. überging [1]). Allein eben so, wie diese Ordnung der jura in re zu Beginn unseres Jahrhunderts eine ziemlich allgemeine war; eben so ist sie heute fast ausschließlich verworfen. Besitz und Erbrecht sind aus ihrer Reihe geschieden, indem ersterer an und für sich blos die gewollte faktische Herrschaft über eine Sache, letzteres aber das Recht begreift, in die gesammte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen einzutreten. Faßt man auch die Verlassenschaftsmassa als Objekt des Rechtes auf, so ist dieselbe doch kein körperlicher Gegenstand, keine Sache, da sie regelmäßig obligatorische Rechte und Verbindlichkeiten enthält, und ihrer Natur nach enthalten kann, hier somit die wesentliche Voraussetzung eines dinglichen Rechtes an einer fremden Sache fehlt.

[1]) Zeiller Kommentar, II. Band, 1. Abthlg., S. 36, Note 5.

Wenn nun auch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im §. 305 den Besitz und das Erbrecht, letzteres auch im §. 532, als dingliches Recht erklärt, so behandelt es dieselben keineswegs als solche[2]). Wir wollen uns daher an der bloßen Benennung nicht stoßen, und den Besitz wie das Erbrecht auf Grund vielfacher positiver Anhaltspunkte, auch vom Standpunkte der heutigen einheimischen Rechtswissenschaft, aus der Reihe der dinglichen Rechte ausscheiden[3]).

Fielen nun auch diese beiden Glieder der jura in re aliena aus; so sind gleichwohl statt derselben nach dem gemeinen Privatrechte zwei neue eingetreten, nämlich die Emphyteuse und die Superficies. Diesen beiden Rechtsinstituten entsprechen unsere Erbpacht-, Erbzins- und Bodenzins-Verhältnisse (§§. 1122—1150 G. B.), bei welchen die ältere Unterscheidung in Ober- und Nutzungseigenthum noch vorkömmt, die aber heute auch als dingliche Rechte an fremden Sachen konstruirt werden.

Voraussetzung aller jura in re aliena ist, daß die Sache, welche das Rechtsobjekt bildet, im fremden Eigenthume stehe. Dem Eigenthume sich nähernd, und diesem unter den Rechten an fremden Sachen zunächst stehend, sind die Emphyteuse und Superficies. Beide unterscheiden sich vom Eigenthume durch Anerkennung des fremden Eigenthumsrechtes und Leistung des Zinses; die Superficies unterscheidet sich auch schon durch das Objekt, welches nur die Oberfläche und die darauf vorkommenden Gegenstände umfaßt, somit hiedurch dem Eigenthume ferner steht als die Emphyteuse. Nach diesen beiden Rechtsinstituten kömmt das Pfandrecht dem Eigenthume am nächsten, welches nur so weit hier einbezogen werden darf, als es körperliche Gegenstände unmittelbar betrifft. Es steht deshalb dem Eigenthume näher, als die Servituten, weil es eventuell dem Berechtigten ein Veräußerungsrecht, somit ein Verfügungsrecht über die ganze Sache gewährt, welches zu einer Aufhebung des bisherigen Eigenthums führen und das ganze rechtliche Schicksal der Sache verändern kann. Während aber das

---

[2]) Schon die Definition im §. 309 a. b. G. B., wo die beiden Faktoren, das corpus und der animus der Romanisten, mit so viel Klarheit ausgedrückt sind; nicht minder der Interdiktenschutz (§§. 344—348) beweisen dieß für den Besitz; rücksichtlich des Erbrechtes bekundet §. 547 am entschiedensten die vermögensrechtliche Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

[3]) Bereits Nippel erkennt im 3. Bande der Erläuterungen S. 50 den Besitz an und für sich als faktisches Verhältniß an. Eben so Winiwarter II. S. 30, und v. Stubenrauch, 1. Band, S. 629. Dem Erbrechte vindizirt erst Unger System I., S. 534 f., seinen eigenthümlichen Charakter.

Pfandrecht blos ein zur Sicherung einer Forderung hinzutretendes (akzessorisches) Recht ist, welches durch seine einmalige Ausübung erlischt, und den Gebrauch der Sache regelmäßig geradezu ausschließt (§§. 459, 1372 allgem. bürgerl. G. B.); bestehen die übrigen drei dinglichen Rechte an fremden Sachen (Emphyteuse, Superficies und Servituten), im Gegensatze hierzu, in einem Nutzungsrechte an fremden Sachen. Sie haben eine dem Eigenthume gleichkommende Dauer, und einen definitiven Charakter. Dem Eigenthume am fernsten stehen die Servituten. Diese unterscheiden sich von Emphyteuse und Superficies, abgesehen von der Aehnlichkeit letzterer mit Mieth- und Pachtverhältnissen (aus welchen diese auch historisch entsprungen sind), dadurch, daß sie für sich von dem berechtigten Subjekte untrennbar, und deshalb unveräußerlich (unübertragbar) sind. Da das Pfandrecht, blos der Regel nach, ein dingliches Recht ist, und auch andere Objekte als körperliche Gegenstände haben kann: so wird dasselbe, obwohl es dem Eigenthume durch den eventuellen Umfang seines Rechtes näher steht, als die Servituten, doch im Systeme der dinglichen Rechte diesen nachfolgen, und es erscheint somit folgende Anordnung der dinglichen Rechte als gerechtfertiget: Eigenthum, Emphyteuse und Superficies, Servituten, Pfandrecht.

Unter Servitut oder Dienstbarkeit versteht das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nicht blos das in Rede stehende Recht, wie im §. 475, sondern das Rechtsverhältniß (§. 482), endlich auch die Verpflichtung (§. 524). Die Erklärung, welche §. 472 G. B. von den Dienstbarkeiten gibt, ist dem bloßen Wortinhalte nach zu weit, und es wurde dießfalls von maßgebender Seite[4]) mit Schärfe bemerkt, daß sie sich auf jedes jus in re aliena, speziell auch auf das Pfandrecht anwenden ließe, weil hier gleichfalls der Eigenthümer zum Vortheile des Berechtigten etwas dulden muß, nämlich den Verkauf der Sache, und etwas unterlassen, nämlich die Vernichtung oder Verschlechterung des Pfandes. — Indeß wird dieser Vorwurf schon dadurch in etwas gemildert, wenn man in Erwägung zieht, daß die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches bei der Aufstellung des Begriffes des Dienstbarkeitsrechtes im §. 472 stillschweigend von dem unmittelbar früher behandelten Pfandrechte absahen; daß nach ihrer Auffassung die Erbpacht-, Erbzins- und Bodenzins-Verhältnisse nicht zu den dinglichen Rechten zu zählen waren, und daß jene Rechte, die sie dazu rechneten, nämlich Besitz und

[4]) Unger System I., S. 258, Nr. 71.

Erbrecht, selbst nach ihrer Ansicht einer ganz anderen Konstruktion und Behandlung unterlagen. Eben so wie durch diese Betrachtung, vermindert sich der Tadel jener Erklärung im §. 472, wenn wir auf die Elemente zurückgehen, aus welchen diese besteht, und aus denselben mit Zuhilfenahme der Doktrin den Begriff des Servitutsrechtes festsetzen.

1. Zunächst normirt §. 472, daß der Eigenthümer verbunden sei, in Rücksicht seiner Sache, die eben Gegenstand des Servitutsrechtes ist, etwas zu dulden oder zu unterlassen. Dieser Paragraph geht in seiner Erklärung vom verpflichteten Eigenthümer aus; der Eigenthümer wird in seinem Eigenthumsrechte beschränkt, und erleidet eine Verminderung an Recht; der Servitutsberechtigte dagegen gewinnt um diese Eigenthumsbeschränkung, er erhält einen Zuwachs an Recht. Deshalb ist es aber nicht nothwendig, daß der Servitutsberechtigte dieselbe Befugniß erwirbt, welche der Eigenthümer verliert, z. B. bei der Servitut nicht höher zu bauen, wo ja dem Servitutsberechtigten keineswegs das Recht zu Theil wird, über den Luftraum des Verpflichteten selbst einen Bau aufzuführen, sondern lediglich das Befugniß zu fordern, daß der Eigenthümer nicht höher baue. Das Servitutsrecht entspringt somit aus dem Eigenthume und besteht, seiner Erscheinung nach, regelmäßig in Eigenthumsbefugnissen.

Der Eigenthümer ist, der Servitut zufolge, verpflichtet, etwas zu dulden oder zu unterlassen, und an diese verschiedene Verhaltungspflicht schloß man die allgemeine übliche, wenn gleich nicht immer richtig motivirte Eintheilung der Servituten in positive (bejahende oder affirmative) und negative (verneinende). Zu dieser Unterscheidung der Servituten quae in patiendo und in non faciendo bestehen, gab die bekannte l. 15, §. 1, Dig. de serv. (8, 1) den Anlaß[5]). Diese in der l. 15. cit. angeführte Zweitheilung wurde zur Zeit der Kompilation des Gesetzbuches, und noch ein Jahrzehent darnach, fast allgemein in die Definition der Servitut als charakteristisches Kennzeichen aufgenommen[6]); und so ist es erklärlich, daß dieselbe auch in dem an die Spitze des Hauptstückes von den Dienstbarkeiten gestellten §. 472 Eingang fand.

2. Wenn nun auch durch die Beschränkung des Eigenthums einerseits, und durch die Rechtsvermehrung andererseits, der formelle

---

[5]) Diese l. 15 bestimmt: Die Natur der Servituten besteht nicht darin, daß Jemand etwas thue, — sondern daß er etwas dulde oder nicht thue.

[6]) Thibaut Pandektenrecht, §. 603: Dienstbarkeiten sind die dinglichen Rechte, welche dem Eigenthümer die Pflicht auflegen, zum Vortheile eines Anderen etwas zu unterlassen, oder demselben eine Benutzung seiner Sache zu gestatten.

Umriß des Servitutsrechtes angedeutet ist, so erhält dieses seine nähere Bestimmung doch erst durch seinen Zweck, nämlich durch den „Vortheil", welchen es dem Berechtigten gewährt. Der Begriff des materiellen Rechtes bringt es bereits mit sich, daß es den Vortheil des berechtigten Subjektes beziehen müsse, ein Grundsatz, der im Allgemeinen schon aus der Erklärung des Vertrages im §. 861 a. b. G. B. hervorleuchtet. Allein der Umstand, daß dieses Vortheils gerade bei dem Begriffe der Servitut im §. 472 G. B. insbesondere erwähnt wird, weist auf eine erhöhte Bedeutung desselben bei diesem Rechtsinstitute hin. Schon §. 473 G. B. koordinirt der vortheilhafteren die „bequemere" Benutzung; in der Aussichtsdienstbarkeit im §. 476 (Nr. 11) wird ein lediglich auf die Beförderung einer Annehmlichkeit abzielender Wunsch berücksichtiget. Das Gesetz sieht überhaupt nicht ausschließlich auf den materiellen Nutzen, sondern trägt auch dem zum Vergnügen, oder zur Verschönerung gemachten Aufwande seine Rechnung (§. 332); es achtet eine Vorliebe, die sich nur auf besondere Verhältnisse oder auf zufällige Eigenschaften der Sache gründet, und bestimmt im §. 231 in gleicher Absicht, daß Familien-Andenken dem Pflegebefohlenen aufbewahrt werden müssen.

Aus dem diesen Gesetzen zu Grunde liegenden Geiste des Gesetzes ergibt sich, daß der im §. 472 G. B. gebrauchte Ausdruck „Vortheil" in einem sehr weiten Sinne zu nehmen sei, da das Gesetzbuch eben sowohl den materiellen Nutzen berücksichtigt, als das, was zur Bequemlichkeit, Verschönerung, zum Vergnügen, ja selbst zu einer in unserer Vorstellung gegründeten Vorzüglichkeit dient, wobei nach der neueren Rechtstheorie blos die Beschränkung eintritt, daß wesentlich ein Vermögens-Interesse gefordert wird [7]). Dieses äußert sich jedesmal in einem Benutzen der fremden Sache, sofern man Benutzen gleichbedeutend nimmt mit „Nutzen ziehen", und letzteres kann man auch aus der bloßen Unterlassung eines Anderen [8]), wie bei negativen Servituten. Ob ein solches Interesse vorhanden ist, bestimmt sich nach den Verhältnissen des berechtigten Subjektes, l. 15, Pr. Dig. de S. P. U. (8. 1.), doch muß es sich nicht gerade zur Zeit der Bestellung der Dienstbarkeit äußern, da man die Servitut von einem Zeitpunkte (§§. 527, 528 G. B.) oder von dem Eintritte einer Bedingung abhängig machen kann.

[7]) Vergl. M. Schuster's Baurecht u. s. w., 1819, S. 116 f.

[8]) Elvers Die römische Servitutenlehre, Marburg 1856, S. 32. Von „Gebrauchen" kann man dies nicht sagen, da dazu wohl immer eine positive Thätigkeit gehört; ich gebrauche da nicht, wo ein Anderer blos etwas nicht thut.

3. Damit im Zusammenhange, daß das Gesetz insbesondere bei den Servituten rein subjektive Beziehungen eines bestimmten Subjektes achtet, steht das Erforderniß, daß das Servitutsrecht nur besteht für ein bestimmtes Subjekt, und in dem Mangel einer deutlichen Bezeichnung dieses Merkmales in den §§. 472 und 473 ruht wohl das Hauptgebrechen jener gesetzlichen Erklärung, welches nur durch den an einer anderen Stelle (§. 482) von den Kompilatoren anerkannten Grundsatz der Unübertragbarkeit einigermaßen behoben werden kann.

Das berechtigte Subjekt ist entweder eine Person an und für sich, oder der Eigenthümer eines Grundstückes, jedoch blos in seiner Eigenschaft als Eigenthümer. Nach Verschiedenheit dieses berechtigten Subjektes unterscheidet man, obschon alle Servituten selbstverständlich dingliche Rechte sind, persönliche und dingliche, oder Realservituten; und da diese bloß an unbeweglichen Sachen vorkommen, weil nur bei Grundstücken, ihrer Natur nach, eine so stetige Wechselbeziehung stattfindet, so werden sie auch Präsidialservituten oder Grunddienstbarkeiten genannt. Letztere haben ein Grundstück zum Rechtsobjekte, sind „mit dem Besitze (Eigenthume) eines Grundstückes zu dessen vortheilhafteren oder bequemeren Benützung" verknüpft (§. 473), und erscheinen als Zugehör des Grundeigenthumsrechtes. Das herrschende Grundstück ist Bedingung für die Ausübung, und Maßstab für den Umfang des Servitutsrechtes, aber keineswegs Subjekt dieses Rechtes. Die Inhaber der Servitutsberechtigung, die Subjekte derselben, sind bei den Real- wie bei den Personalservituten wirkliche Personen[9]).

Die Frage, wer bei Grunddienstbarkeiten das berechtigte Subjekt sei, ist vornehmlich aus einem doppelten Gesichtspunkte von Bedeutung, und zwar einmal deshalb, weil man, wie weiter unten dargestellt wird, nicht gleichzeitig Eigenthum und Servitutsrecht an derselben Sache haben kann. Wäre das herrschende Grundstück das berechtigte Subjekt, so könnten zwischen verschiedenen Grundstücken eines Eigenthümers Servituten bestehen, was nicht möglich ist. Die Wichtigkeit dieses Unterschiedes ergibt sich auch dann, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes dasselbe derelinquirt, und ein Anderer dasselbe, ehe die Zeit verflossen ist, in welcher Servituten durch Nichtausübung erlöschen, okkupirt. Wäre nun das Grundstück wirklich das Subjekt der

[9]) Auch in den römischen Rechtsquellen brach sich diese Ansicht die Bahn, l. 30 de S. P. U. (8. 2.): Si partem praedii nactus sum, quod mihi, aut cui ego serviam.

Servitut, so würde sie auch dem Okkupanten eben so gut zustehen, wie dem früheren Eigenthümer, weil er das Subjekt blos vertritt, welches durch keinen Akt seine Berechtigung aufgab. Ist dagegen der Eigenthümer der herrschenden Sache das berechtigte Subjekt: so verliert die Servitut in dem Augenblicke der Dereliktion ihr wesentliches Erforderniß, ein Subjekt, und erlischt[10]).

Zur näheren Erörterung des Begriffes der Dienstbarkeit dient die schon vorhin erwähnte Eintheilung der Servituten in bejahende (positive oder affirmative) und verneinende, welche bei Grunddienstbarkeiten insbesondere ihre Anwendung erleidet. Beispiele der ersteren Gattung liefert §. 475, der zweiten §. 476 a. b. G. B. Das Gesetzbuch unterscheidet weiter Feld- und Hausservituten, eine Eintheilung, welcher die römisch-rechtliche in S. P. R. und S. P. U. zu Grunde liegt, und welche von dem Umstande abhängt, ob das herrschende Grundstück zur Landwirthschaft oder zu einem anderen Gebrauche bestimmt ist (§. 474 G. B.). Dieser Unterschied hat jedoch weder praktische Folgen, noch theoretische Bedeutung, da dieselbe Grunddienstbarkeit, z. B. das Balkeneinfügungsrecht, nach der Bestimmung des herrschenden Gutes, bald zu der einen, bald zu der anderen Gattung gehören kann, weshalb die Realservituten dadurch nicht in zwei scharf abgegrenzte Klassen gesondert werden. Erschöpfend wäre die Eintheilung in Grunddienstbarkeiten, die nur einem Gebäude, und Grunddienstbarkeiten im engeren Sinne, die nur einem Grundstücke im engeren Sinne (beziehungsweise deren Eigenthümer) zustehen.

Die herrschende Ansicht geht dahin, daß es keine verneinenden Feldservituten geben könne[11]); denn diese beständen darin, daß der Eigenthümer lediglich etwas in seinem eigenen Gute unterlasse, also zum Beispiele nicht gehe, nicht fahre, somit sein Gut nicht benütze; dieß gewähre aber dem Berechtigten an und für sich keinen Vortheil, bei dessen Mangel eine Servitut nicht bestellt werden könne (§§. 472 u. 484). Gleichwohl bietet die Erfahrung, wenn auch selten, Fälle, wo man sich für die Annahme einer negativen Feldservitut entscheiden dürfte. Einen solchen Fall erwähnt die l. 15 pr. de serv. (8. 1.), wo es heißt: Der Eigenthümer könne keine Servitut dahin konstituiren, daß er weder über sein Grundstück gehen, noch dort stehen dürfe, noch seinen Acker be-

---

[10]) Elvers, S. 97 f.
[11]) Nippel Erläuterungen zu §. 474. Winiwarter, II. Band, S. 274 f. Stubenrauch, II. Band, S. 143 f.

nützen wolle; wohl aber, daß er nicht nach Wasser auf seinem Grunde graben werde, um nicht dem Nachbar das Wasser abzugraben. Die Realservituten werden ferner eingetheilt in ununterbrochene (continuae), und unterbrochene (discontinuae); erstere äußern sich in einem (ununterbrochenen) dauernden Zustande, wie die Bürdetragung; letztere in zeitweiliger Ausübung, wie beim Holzfällen, Steinebrechen u. s. f.; ein Unterschied, der bei der Ersitzung und Verjährung von Wichtigkeit ist, indem bei den Letztgedachten, wenn sie selten ausgeübt werden, nebst dem Verlaufe der gesetzmäßig vorgeschriebenen Zeit, die dreimalige Ausübung, beziehungsweise Nichtausübung, erfordert wird (§§. 1471 und 1484 a. b. G. B.)[12].

Um den Begriff der Grunddienstbarkeit schärfer abzugrenzen, wollen wir die Unterschiede zwischen demselben und den damit verwandten Rechtsinstituten betrachten. Im §. 479 a. b. G. B. werden die unregelmäßigen und Scheinservituten erwähnt, welche zu nachstehender Unterscheidung den Anlaß geben.

1. Wenn Dienstbarkeiten, die an und für sich Grunddienstbarkeiten sind, z. B. das Recht des Fußsteiges oder das Weiderecht, der Person allein zugestanden werden, so liegt eine unregelmäßige Servitut vor. Im Grunde ist dann die Personalservitut des Gebrauches vorhanden, welche in einer einzelnen Gebrauchsart besteht, l. 4, l. 37 Dig. de S. P. R. (8, 3), und der Unterschied zwischen dieser und den Prädialservituten, welchen erstere in der Erscheinung gleichkommt, besteht, abgesehen von der Verschiedenheit der Dauer, darin, daß der

[12]) Die Zergliederung in die einzelnen Realservituten gehört in den besonderen Theil der Servitutenlehre, liegt somit außer dem Bereiche dieser Abhandlung. Uebrigens sind die Servituten bekanntlich selbst im Gesetzbuche nicht erschöpfend angeführt, worauf §§. 475 und 476 durch die Ausdrücke „gewöhnlich" und „dergleichen" hinweisen. So erwähnt schon das römische Recht der Schiffservitut in lib. 23, §. 1, Dig. de S. P. R. (8. 3.): Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum imponi potest. In der königl. böhmischen Landtafel findet man das sogenannte Austränkungsrecht ersichtlich gemacht. Es erfordert nämlich die Fischteichwirthschaft, daß das Wasser oft höher, oft niedriger gespannt werde. Zum Zwecke der höheren Spannung wird nun die Servitut bestellt, daß die Grenzen der benachbarten fremden Grundstücke zeitweilig unter Wasser gesetzt werden dürfen, wofür, wenn das Wasser niedrig ist, die dem Teicheigenthümer gehörigen Ufer von den Nachbarn mit Getreide bepflanzt oder beweidet werden können. Siehe auch bezüglich der Bergbaudienstbarkeiten §. 191 ff. des Berggesetzes v. 23. Mai 1854, Nr. 146 R. G. Bl., so wie §. 104 ebd. Das Bedürfniß und der Verkehr erzeugen immer neue Servitutenbildungen, — wie in neuerer Zeit die Servitut der Gasröhrenleitung durch fremden Grund, — welche aber sämmtlich unter die Herrschaft des Begriffes und der leitenden Grundsätze fallen.

Umfang des Rechtes bei jener sich nach dem Bedürfnisse der individuellen Person ohne weitere Beziehung bestimmt, während bei dieser das Bedürfniß des herrschenden Grundeigenthümers in dieser Eigenschaft den Maßstab abgibt. Die berechtigte Person, welcher allein und für sich ein solches Befugniß verliehen wird, kann a) der benachbarte Grundeigenthümer [13]) sein, es kann aber auch b) einem Dritten, der kein Grundstück besitzt, für seine Person eine Befugniß bestellt werden, welches gewöhnlich als Realservitut verliehen wird.

Wie der Grund einer solchen Bestellung lediglich in persönlichen Bedürfnissen des Erwerbers liegt, so ist auch das Recht ein blos persönliches. Man pflegt es irreguläre Personalservitut zu nennen [14]).

2. Mit dem unter 1. a) Besprochenen ist der Fall ähnlich, wenn eine Realservitut mit der Beschränkung errichtet wird, daß sie nur der erste Erwerber für seine Person ausüben dürfe. Der begriffliche Unterschied zwischen diesem und dem vorhergehenden Falle besteht darin, daß in dem vorliegenden das Bedürfniß des berechtigten Grundherrn, als solchen, den Umfang der Benutzung entscheidet. Das Unregelmäßige liegt aber hier in der Abhängigkeit der Dauer des Rechtes von der Person.

3. Es kann aber auch der Fall eintreten, daß eine an und für sich persönliche Dienstbarkeit, z. B. die Fruchtnießung, als Grunddienstbarkeit bestellt wird, welche dann nach Analogie des im Gesetze ausdrücklich entschiedenen Gegensatzes („wenn Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein zugestanden werden," §. 479) eben auch als unregelmäßige Servitut zu behandeln ist.

4. Werden hingegen Begünstigungen, welche ordentlicher Weise Servituten sind, nur blos auf Widerruf zugestanden (wie dies bei den sogenannten Gnadenfenstern der Fall ist, welche zu Gunsten des Nachbars bestehen, und die man nach Belieben wieder zumauern lassen kann) [15]), so ist keine Servitut vorhanden, weil der dingliche Charakter dieses Rechtes mangelt und lediglich ein persönliches Verhältniß, dem Verleiher gegenüber, besteht.

Dasselbe gilt, wenn der Eigenthümer Jemanden ein Nutzungsbefugniß über dessen Ansuchen (bittweise, praecario) gestattet (§§. 345,

---

[13]) Auch der zeitliche Inhaber des angrenzenden Grundstückes (Schuster a. a. O., S. 146), wo dann die Dienstbarkeit lediglich auf die Dauer der Innehabung beschränkt ist.

[14]) Elvers, S. 200.

[15]) Zeiller Kommentar zu §. 479, Anmerkung 2.

1464 G. B.). Beide Verhältnisse stehen in der äußeren Erscheinung, aber auch nur in dieser, den Servituten gleich. Deshalb nennt sie das Gesetz Scheinservituten. Weil jedoch der Begünstigte in dieser äußeren gleichen Erscheinung den Besitz der Begünstigung hat: so wird derselbe, gleich dem Servitutsberechtigten, gegen Störungen in der Ausübung Seitens Dritter geschützt (§. 2 der kaiserlichen Verordnung vom 27. Oktober 1849, Nr. 12 R. G. Bl.).

Für diese Abweichungen von der rechtlichen Natur der Dienstbarkeiten streitet jedoch keine Vermuthung, und es liegt demjenigen, der sie für sich anführt, der Beweis derselben ob (§. 479 a. b. G. B.).

Vielfach werden in der Praxis Reallasten mit Realservituten verwechselt, wo doch gerade die praktischen Folgen beider ganz verschieden sind. Der Grund dieser Verwechslung liegt theils in dem bis auf das Erscheinen von Unger's System des allgemeinen österreichischen Privatrechtes (vergl. §. 65) andauernden Mangel einer einheimischen Theorie für die in Oesterreich seit dem kaiserlichen Patente vom 7. September 1848 ohnehin sehr verminderten Reallasten, theils darin, daß es Rechtsverhältnisse gibt, wo beide Rechtsinstitute (Reallasten und Servituten) vereint vorkommen, wie bei dem bäuerlichen Ausgedinge. Aus diesen Gründen ist eine genaue Sonderung derselben nöthig. Soll aber der Begriff der Realservitut genau von dem der Reallast geschieden werden, so ist es unerläßlich, an der Hand der Theorie das Wesen der letzteren zu kennzeichnen, wozu nachstehende Ausführungen dienen mögen.

Wenn irgend eine Verbindlichkeit mit dem Eigenthume (oder Besitze) eines Grundstückes verknüpft ist, mithin dem jeweiligen Eigenthümer desselben obliegt: so besteht eine Reallast im weitesten Sinne des Wortes, in welchem auch die Hypothek dazu gerechnet wird. Doch entspricht diese allgemeine, unbestimmte Bedeutung nicht jener engeren Auffassung der Reallasten, die sich in der gemeinrechtlichen Theorie allmälich herangebildet hat. Diese fügte als zweites wesentliches Merkmal hinzu, daß der jedesmalige Eigenthümer oder Besitzer einen Sachwerth „leisten" müsse, wobei das Wort „leisten" im gewöhnlichen juristischen Sinne genommen wird, nämlich als Entrichtung oder Verwendung eines Sachwerthes durch eine positive Handlung.

Zur engsten Fassung des fraglichen Begriffes werden noch zwei zunächst negative Kennzeichen erfordert, und zwar einmal die Ausscheidung aller jener Lasten, welche zur Vergütung einer zwischen dem Eigenthümer und dem jeweiligen Inhaber obwaltenden Verleihung be-

gründet sind (wie z. B. beim Erbpächter, Erbzins-, Bodenzinsmann, §§. 1122—1125), weil hier die Verpflichtung auf dem vertragsmäßigen Verleihungsverhältnisse beruht, und der bloße Besitz des Grundstückes die Verbindlichkeit des Besitzers nicht herbeiführt[16]). Sodann die Ausschließung aller jener mit einem Grundstücke verbundenen Leistungen, welche auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhen, so daß also die Reallast im engsten Sinne auf das Privatrecht beschränkt werde, eine Begründung, welche jetzt ziemlich allgemeine Geltung hat[17]), und welche in der schärferen Sonderung der eigenthümlichen privatrechtlichen Verhältnisse und ihrer Folgen, von den öffentlich-rechtlichen, ihre Begründung findet. Die Reallast im technischen Sinne ist daher die dem jeweiligen Eigenthümer (oder Besitzer) eines Grundstückes aus dem Grunde seines Eigenthumes (oder Besitzes) obliegende privatrechtliche Verpflichtung zu der positiven Leistung eines Sachwerthes.

War man auch über den Begriff dieses Rechtsinstitutes im Allgemeinen einig, so stritt man doch seit jeher über das Prinzip, unter welches derselbe unterzuordnen sei. Der Grund des Zwiespaltes liegt darin, daß diese Leistungen durch ihre Verbindung mit dem Grundeigenthume einerseits den streng obligatorischen Charakter des persönlichen Forderungsrechtes zu verlieren scheinen, und man andererseits eine ausschließliche dingliche Natur dieses Rechtes, wegen der persönlichen Leistung, nicht zugeben wollte. Die, meiner Ueberzeugung nach, richtige Ansicht ist jene[18]), welche die Reallasten im Ganzen als obligatorische Verpflichtungen ansieht, die mit dem Eigenthume (oder Besitze) eines Grundstückes verknüpft sind, deshalb in Rücksicht auf ihre Dauer den dinglichen Rechten gleichgestellt und unter jene Obligationen eingereiht werden, welche durch den Eintritt in einen bestimmten Zustand (hier in das Eigenthum oder den Besitz) entstehen[19]).

[16]) Walter Privatrecht, §. 147. Gerber deutsches Privatrecht, §. 168, Note 2.

[17]) Gerber, §. 168, Note 2. Unger System, §. 63.

[18]) Mit ihr steht die vornehmlich von Wächter Handbuch II., §. 48, u. Walter Privatrecht, §. 146 f. vertheidigte im Kampfe, welche auch Unger im System, §. 63, für das österreichische Privatrecht vertritt. Sie nehmen bei der Reallast zwei Elemente an, ein dingliches und ein obligatorisches. Die Reallast in ihrer Totalität sei eine dingliche Last. Die Verpflichtung zur Entrichtung der einzelnen fälligen Leistungen sei eine rein persönliche Obligation, und in dieser Mischung von Dinglichem und Obligatorischem ruhe das Wesen der Reallast. Allein gegen diese Konstruktion hat Gerber — Privatrecht a. a. O. — bemerkt, daß die unmittelbare Herrschaft über eine Sache mit der (unmittelbaren) Herrschaft über eine Leistung sich gegenseitig ausschließen.

[19]) Für die obligatorische Natur der Rechtsbesitzer sind Gerber, §. 166 f., Savigny Obligationenrecht I., S. 132—133 und S. 303, Seuffert Pandek-

Bei Reallasten ist der jedesmalige Eigenthümer des Grundstückes zu einzelnen wiederkehrenden Leistungen verflichtet, die aber keineswegs den Inhalt selbstständiger einzelner Obligationen bilden, sondern nur fortgesetzte Aeußerungen eines und desselben obligatorischen Verhältnisses sind. Die nähere Begründung dieser Auffassung liegt in folgenden Bemerkungen:

a) Wie die Reallasten im Obligationenrechte ihren Ursprung haben, so sind sie auch zunächst bei ihrer Entstehung allgemein anerkannte obligatorische Verhältnisse, und so oft eine Ausübung derselben auch späterhin erfolgt, ist eine Leistung das unmittelbare Rechtsobjekt, nicht aber, wie bei den dinglichen Rechten, eine Sache, aus welcher bei der Reallast blos geleistet zu werden pflegt, und welche der Leistung lediglich als Unterlage dient.

b) Zwischen den dinglichen Rechten an fremden Sachen (der Dinglichkeit in unserem Sinne) und der bloßen Verknüpfung eines Rechtsverhältnisses, z. B. eines Patronats mit dem Eigenthume eines Grundstückes, besteht der wesentliche Unterschied, daß man im letzteren Falle, wenn man z. B. von einem dinglichen Patronate, von den Pflichten des dinglichen Patronats spricht, blos die Verknüpfungsweise[20]) im Sinne hat, nicht aber die Sache selbst, wie bei ersteren.

c) Für die obligatorische Natur der Reallasten spricht ferner der Umstand, daß der frühere, und nicht der gegenwärtige Eigenthümer hinsichtlich der rückständigen Leistungen mit einer persönlichen Klage belangt werde.

d) Liegt es nicht in der Macht des Privaten, für alle seine Nachfolger in ein Gut ein bestimmtes, unabänderliches Rechtsverhältniß zu begründen; denn dadurch würde der Einzelne unbeschränkter Gesetzgeber in seiner Sphäre, und könnte leicht Anordnungen treffen, die einer geordneten Staatsverwaltung, namentlich in ökonomischer Beziehung, gerade zuwiderlaufen. Allein diese selbst hat offenbar die Macht, der-

---

ten L., §. 23, Note 4, Hillebrand Lehrbuch, § 146, auch wohl Böcking, §. 139, §. 11, der blos Perpetuität mit Dinglichkeit bezeichnet; vergl. auch neuestens Friedlieb „Die Rechtstheorie der R. L.", Jena 1860. Daß R. L. keine dinglichen Rechte seien, deutet Zeiller im Kommentar zu §. 482 an. Noch weiter ging Schuster in seinem Baurechte, S. 368, der sie genau von den Dienstbarkeiten schied, und ihren obligatorischen Charakter durch Hinweisung auf die gesetzlich verschiedenen Folgen hervorhob.

[20]) Savigny Obligationenrecht I., S. 133 ff. Diese Verknüpfungsweise bei dem berechtigten Subjekt bezeichnet auch zunächst der Sprachgebrauch bei den „dinglichen" Servituten, im Gegensatze zu den persönlichen; nur daß sich bei ersteren, ihrer Natur nach, noch andere Folgerungen ergeben.

gleichen andauernde Rechtsverhältnisse über Ansuchen zu konstituiren, und durch irgend einen Akt der öffentlichen Gewalt den Privatwillen zu ergänzen[21]). Sie machte auch in Oesterreich von dieser ihrer Gewalt Gebrauch, und zwar in erhöhter Strenge bei Fideikommissen (und analog bei Lehen), zu deren Begründung die Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt erfordert wird (§. 627 a. b. G. B.); im geringeren Maße bei den dinglichen Rechten an fremden Grundstücken und den Reallasten, zu deren Entstehung sie die Einverleibung in die öffentlichen Bücher fordert, wozu nach gemeinem Rechte auch manchmal die bloße Bestätigung des Geschäftes durch den Richter genügt.

Durch Eintragung in die öffentlichen Bücher werden zwar auch Obligationen, nach der Terminologie unseres Gesetzbuches, zu dinglichen Rechten (§§. 1070, 1073, 1079, 1095, 1120); allein prinzipiell muß man nichtsdestoweniger festhalten, daß sie Forderungsrechte bleiben, aber durch die Einverleibung zu absoluten (d. h. gegen jeden Anderen verfolgbaren) Rechten werden, und durch diese ihre Wirkung den dinglichen Rechten allerdings gleichstehen.

Wenden wir diese Betrachtung auf unsere Frage an, so kommen wir zu folgendem Ergebnisse:

Der Unterschied zwischen Realservituten und Reallasten besteht darin, daß erstere dingliche, letztere obligatorische Rechte sind[22]), daß erstere (regelmäßig) in Eigenthumsbefugnissen bestehen, und nur Beschränkungen des gegentheiligen Eigenthums enthalten, letztere ein über die bloße Beschränkung des Eigenthumes hinausgehendes Recht auf die Leistung einer Person gewähren, welche lediglich durch das Eigenthum eines Grundstückes bestimmt ist.

II.

Grundprinzipien.

Gegenstand des gegenwärtigen Abschnittes ist, die leitenden Grundsätze der Servituten in ihrer besonderen Anwendung auf Realservituten im Zusammenhange zu entfalten, ihre Verkettung untereinander nach-

---

[21]) Hiermit — durch ein mit einem Akt der öffentlichen Gewalt begründetes Rechtsverhältniß, in das jeder Nachfolger einrückt — entfällt die gegen unsere Auffassung erhobene Einwendung, daß zur Fortsetzung eines obligatorischen Verhältnisses durch ein anderes Subjekt jedesmal ein neuer Willensakt der Parteien nothwendig sei, der bei Reallasten nicht stattfinde.

[22]) Diesen Unterschied hat auch Rippel Erläuterungen, S. 582, III. Bd., angedeutet.

zuweisen, und sodann die den Grunddienstbarkeiten eigenthümlichen Prinzipien zu beleuchten.

Aus der Natur der Dinglichkeit an fremden Sachen, deren Voraussetzung eben eine im fremden Eigenthume stehende Sache und Passivität des Eigenthümers ist, fließen die nachstehenden, dem römischen Rechte entnommenen, in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch übergegangenen Grundsätze:

1. Daß an der eigenen Sache kein Servitutsrecht denkbar ist, ein Prinzip, welches in l. 26, Dig. de S. P. U. (8. 2.) ausgesprochen, für das österreichische Recht schon aus der Definition des §. 472 G. B. hervorgeht, da dieser Paragraph eine für den Servitutsberechtigten fremde Sache voraussetzt[23]). Zudem ist dem Eigenthümer die eigene Sache zufolge des Eigenthumsrechtes unterworfen, und da an derselben mehr Benutzungsrecht, als das Eigenthum selbst gewährt (§. 362), nicht denkbar ist; so kann dem Eigenthümer an derselben nicht nebenbei noch ein besonderes Recht zustehen, welches für sich allein nur ein einzelnes, ohnehin schon im Eigenthume enthaltenes Befugniß umfaßt.

Da nach positivem Rechte überhaupt eine fremde Sache Objekt des Servitutsrechtes sein muß, bei Abgang dieser also die wesentliche Voraussetzung eines jus in re aliena fehlt: so erledigt sich hiermit von selbst in verneinender Weise die Frage, ob an herrenloser Sache eine Servitut denkbar sei, welcher Fall, wegen möglicher Konsequenzen, eine eingehendere Würdigung verdient. Jemand errichtet z. B. einen Weg über ein herrenloses (etwa derelinquirtes) dazwischenliegendes Grundstück von einer ihm gehörigen Grundparzelle zu einer anderen, ohne die Absicht, das dazwischenliegende Gut sich zuzueignen, sondern blos zu dem Zwecke, es zu seinem Uebergange zu benutzen. Eine Servitut liegt hier nicht vor, eben wegen des Mangels jenes positiven Erfordernisses. Dessenungeachtet kann man aber sagen, daß ein dingliches Nutzungsrecht erworben sei, weil der unmittelbare Gegenstand desselben die herrenlose Sache ist, das Recht selbst aber gegen jedwede andere Person zusteht, welche den Benützenden deshalb nicht hindern darf, weil dieser nur von seiner natürlichen Freiheit Gebrauch macht (arg. §§. 317 und 381, 1. Satz), damit die Absicht, die Sache, als eine seinem Willen in dieser Rücksicht unterworfene, zu benutzen, an den Tag legt (§. 863), und eben dadurch dieses Nutzungsrecht okkupirt,

[23]) Denn im §. 472 wird „der Eigenthümer zum Vortheile eines Anderen" verbunden.

auf dessen alleinigen Erwerb sein Wille sich beschränkt (analog §. 381, 2. Satz)[24]). Dieß hat dann seine praktischen Folgen, wenn ein Anderer später zum Beispiele durch Okkupation das Eigenthum des dazwischen liegenden Grundes erwirbt. Dieser muß das schon früher okkupirte Nutzungsrecht anerkennen, und kann nur ein durch dasselbe beschränktes Eigenthum erwerben, während jenes Nutzungsbefugniß von dem Augenblicke an, wo der Dritte das Eigenthum an der herrenlosen Sache erwirbt, zu einer Servitut wird.

2. Weil das Servitutsrecht nur an einer im fremden Eigenthume befindlichen Sache zustehen kann: so kann auch eine Servitut auf ein anderes Servitutsrecht hin nicht bestellt werden. Für's römische Recht liegt die Begründung dieses Satzes in l. 1 Dig. de usu (33, 2) und in l. 33, §. 1, Dig. de S. P. R. (8, 3); für's österreichische im §. 472, der blos den „Eigenthümer in Rücksicht seiner Sache" im Sinne hat. Dieser Grundsatz folgt aber auch aus dem später zu erörternden Prinzipe der Unveräußerlichkeit der Servituten; denn bei Bestellung einer Servitut auf eine andere Servitut fände eine (gänzliche oder theilweise) Uebertragung der Servitut statt, welche nach §. 485 a. b. G. B. unzulässig ist. Und dieß Prinzip fließt wieder letztlich aus dem Begriffe der Dienstbarkeit, als eines Rechtes, welches nur für ein bestimmtes Subjekt Existenz hat: so daß alle anderen Subjekte von jedweder Theilnahme an diesem Rechte ausgeschlossen sind. Das praktische Bedürfniß steht aber häufig im Gegensatze zu dem oben aufgestellten Grundsatze, daß eine Servitut auf eine andere Servitut hin nicht bestellt werden könne und sucht die Starrheit dieser Rechtsform zu brechen. In der That kömmt es vor, daß jener, der das Wasserleitungsrecht von einem fremden Grunde hat, den eigenen Bezug beschränkt,

---

[24]) Man kann nicht einwenden, daß in der, wenn auch nur einseitigen Benutzung einer herrenlosen Sache, eine Disposition über die ganze Sache liege, weshalb der Okkupant, wenn er dadurch auch nur ein vorübergehendes Eigenthum erwirbt, nicht zugleich ein Nutzungsbefugniß an der eigenen Sache erwerben könne. Denn ohne den bestimmten, auf Eigenthumserwerb gerichteten Willen kann solches nicht erworben werden. Die Annahme der Okkupation von Servituten an einer res nullius (wie Elvers S. 29 f., S. 752 f. behauptet) ist aber unzulässig. Okkupirt wird nur das dingliche Nutzungsbefugniß. Dieses wird durch den Eigenthumserwerb der res nullius von Seite eines Anderen zur Servitut erhoben, und sinkt durch Dereliktion der Sache Seitens des Eigenthümers wieder zum bloßen Nutzungsbefugnisse herab. — Eine Ausnahme tritt ein bei Servituten, die schon in die öffentlichen Bücher eingetragen sind; diese werden, der erfolgten Dereliktion des dienstbaren Grundes ungeachtet, zufolge des Prinzipes der Publizität, so lange als bestehend angenommen, bis sie gelöscht sind (§§. 469 und 526 a. b. G. B.).

und einem dritten Nachbar gestattet, an das Rinnsal eine kleinere Röhre anzulegen, um daraus Wasser für seinen Bedarf ableiten zu können.

3. Aus der eben bezeichneten Natur der dinglichen Rechte an fremden Sachen überhaupt, deren Inhalt sich nicht über das, was die Sache selbst gewährt, erstrecken kann, womit die Passivität des pflichtigen Eigenthümers zusammenhängt: ergibt sich von selbst, daß die Servitutenverpflichtung nicht in einem Thun, nicht in der Leistung eines Sachwerthes durch eine positive Handlung bestehen könne. Dieser Grundsatz, der aus der schon bezogenen l. 15, §. 1 Dig. de S. P. U. (8, 1) hervorleuchtet, liegt stillschweigend in der Zweitheilung der Servitutspflichten des §. 472 b. G. B., und erleidet im §. 482 ebd. nur eine Umschreibung. Hiermit ist ausgesprochen, daß der Berechtigte den Genuß der Realservitut auf einen solchen Vortheil seines Grundstückes beschränken müsse, welchen das dienstbare Grundstück seiner Beschaffenheit nach gewährt, ohne daß von dem pflichtigen Grundeigenthümer ein Kraftaufwand beansprucht werden darf. Durch die Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte daher weder ein Recht für seine Person, ohne Rücksicht auf sein Grundstück; noch ein mit dem Rechte auf das dienstbare Grundstück verbundenes Recht gegen die Person des pflichtigen Grundherrn auf obligatortsche Leistungen[25]).

Während nun das Prinzip, daß die Servitutspflicht nicht in einem Thun bestehen könne, von den österreichischen Zivilisten allgemein angenommen wird, zeigt sich doch unter denselben in Betreff der Interpretation des §. 482 G. B., daß der Besitzer der dienstbaren Sache „in der Regel" nicht verbunden ist, etwas zu thun, ein gewisses Schwanken[26]), und man könnte, unter Berücksichtigung der älteren Theorie, versucht sein, unter die Ausnahme von der Regel des §. 482 die in der einheimischen Praxis als „eiserne Kühe" bekannten, und von Praktikern häufig für Servituten angesehen Real- oder Grundlasten zu subsumiren.

Aeltere Zivilisten[27]) betrachten nämlich diese Rechtsinstitute als eine Art von Grunddienstbarkeiten, erweiterten den Begriff der Servi-

---

[25]) Vergl. Schuster Baurecht a. a. O.

[26]) Vergl. Zeiller im Kommentar zu §. 482 G. B.; Schuster Baurecht a. a. O., S. 292; Nippel im 3. Bde. der Erläuterungen, S. 582; Winiwarter a. a. O. und v. Stubenrauch II., S. 158.

[27]) Eine ausführliche Darstellung der einzelnen Ansichten findet sich bei Gengler Lehrbuch des deutschen Privatrechts, S. 286 ff.

tuten willkürlich, und unterschieden neben den römisch-rechtlichen noch Servitutes juris germanici. Nur bei ersteren gelte der Grundsatz: Servitus in faciendo consistere nequit; letztere, die Dienstbarkeiten des deutschen Rechtes, seien die Reallasten, welche im Gegensatze zu den römischen in einem Thun bestehen sollen. Dieser Standpunkt, der beide Rechtsinstitute in Eines zusammenfaßte, war der vor der Kompilation unseres Gesetzbuches vorherrschende[28]); die Verfasser desselben hatten ihn aber bereits überwunden.

Denn einmal ist nicht anzunehmen, daß die so umsichtige Gesetzgebungs-Kommission an die Spitze der Prinzipien an den Dienstbarkeiten im §. 482 b. G. B. einen Satz aufstellte[29]), der unter der Voraussetzung, daß sie Reallasten und Realservituten zu einem Rechtsinstitute verbinden wollte, geradezu im offenbaren Widerspruche mit dem damaligen Rechtszustande gestanden wäre. Dazumal hatten nämlich, wie bekannt, die Reallasten noch mehr Umfang und Bedeutung, als die Realservituten, weil die über die ersteren erflossenen Normen die meisten Grundeigenthümer der deutschen Erbländer (durch Roboten, Dienstleistungen, Zehenten, Grundzinse u. s. f.) berechtigten oder verbanden. Daher konnte das bei ihnen waltende Prinzip unter jener Voraussetzung unmöglich als ein ausnahmsweises, gegenüber dem bei Realservituten geltenden hingestellt werden. Eben deshalb könnte es auch auffallend erscheinen, daß die Kompilatoren diesen Rechtszweig nur in wenigen, vereinzelten Stellen des Gesetzbuches normirt haben[30]). Allein gemäßigt wird unser Befremden, und mit ihm auch unser Vorwurf, wenn wir erwägen, daß der ursprüngliche Titel zu diesen Reallasten meist in den alten Unterthänigkeitsverbänden, oder doch in damit zusammenhängenden Rechtsverhältnissen lag (wie bei den Frohndiensten oder der Robot, den meisten Grundzinsen und dem bäuerlichen Ausgedinge), und welche nach damaliger Auffassung (vergleiche §. 1146 a. b. G. B.; Zeiller Kommentar II., S. 304) der politischen Gesetzgebung anheimfielen; oder aber im Kirchenrechte begründet war, wie beim Zehent. So kam es, daß die Kompilatoren längst privatrechtlich gewordene Verhältnisse als dem Privatrechte fremde ansahen; und indem sie

[28]) Z. B. im Hof-Dekrete vom 19. Juli 1792, Z. 33, J. G. S.: „So wie von Klassifizirung eines Zehentrechtes keine Frage sein kann, so sind zwar auch alle übrigen Grunddienstbarkeiten zur Anmeldung bei der Kriba geeignet ..."

[29]) „Alle Servituten kommen darin überein, daß der Besitzer der dienstbaren Sache in der Regel nicht verbunden ist, etwas zu thun."

[30]) Von Reallasten handeln die §§. 360, 530, 858, 1096, 1144, 1426, 1469, 1470, 1471, 1472, 1480 und 1484 a. b. G. B.

so dachten, standen sie auf dem gewöhnlichen Standpunkte ihrer Zeit; denn auch dieser gebrach es noch an einer Theorie der Reallasten, deren erste Versuche im Auslande erst nach der Kundmachung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches erschienen. In dieser Auffassung der Kompilatoren liegt der weitere Beweis, daß der §. 482 G. B. nicht die Reallasten als Ausnahmen von der darin aufgestellten Regel im Sinne führt. — Für die von dem Verfasser des Gesetzbuches bezweckte Sonderung dieses Rechtsinstitutes von den Realservituten spricht ferner sowohl seine fast gänzliche Uebergehung in dem Hauptstücke von den Dienstbarkeiten, als auch die einzige Andeutung daselbst im §. 530: „Beständige jährliche Renten sind keine persönliche Servitut, und können also ihrer Natur nach auf alle Nachfolger übertragen werden." Dieser Paragraph steht am Schlusse der Lehre von den Servituten, und seine Stellung bekundet einerseits eben so den gerade erst errungenen Sieg über jene ältere (oben angeführte) Auffassung, wie seine negative Fassung andererseits den Mangel eines neu gewonnenen Prinzipes bezeugt. — Endlich unterliegen die Reallasten, wie schon Schuster im Baurechte (Seite 368 f.) bemerkt, nach dem Gesetzbuche selbst einer anderen Behandlung als die Prädialservituten. Wer nämlich von einer Dienstbarkeit durch drei Jahre keinen Gebrauch macht, verliert dieselbe deshalb noch nicht (§. 1479); wer aber jährliche, wenn auch in den öffentlichen Büchern vorgemerkte Abgaben, Zinsen, Renten und Dienstleistungen durch drei Jahre nicht beitreibt, verliert den Anspruch auf die Rückstände; das Recht selbst wird aber nur durch Nichtgebrauch von dreißig Jahren verjährt.

Gleichwohl gibt es Realservituten, bei welchen der Servitutspflichtige, wenn auch nur nebenbei und eventuell, zur Leistung oder Verwendung eines Sachwerthes durch eine positive Handlung vom Servitutsberechtigten angehalten werden kann. Von einem solchen Rechtsverhältnisse handelt l. 6, §. 2, Si Serv. (8, 5). Man sieht in dieser Stelle den Zweifel der Juristen wegen des darin ausgesprochenen Gegensatzes zu dem Prinzipe: Servitus in faciendo contistere nequit. Nach Puchta's Ansicht (Pandekten, S. 276, 7. Auflage) muß der Servitutspflichtige bei der Servitus oneris ferendi blos dulden, daß der Zustand, wozu er sich rücksichtlich seines Grundes verbunden hat, dauernd bleibe, weshalb seine Reparatur auch nicht als ein facere, sondern blos als ein Ausfluß jener Duldungspflicht, dem herschenden Gebäude weiterhin eine Stütze zu gewähren, erscheine. Deshalb könne er sich auch durch Dereliktion des belasteten Gebäudes davon befreien. —

Wäre dies auch der einzig mögliche Weg, obigen Grundſatz als ausnahmslos zu rechtfertigen, ohne eine andere Verpflichtung, als eine Servitutspflicht, anzunehmen, ſo erſcheint dieſe Interpretation doch jedem Unbefangenen als eine künſtliche. Es iſt nicht abzuſehen, warum der Servitutspflichtige nicht auch bei der Servitus tigni immittendi die Mauer, oder bei einer Wegſervitut den Weg in gutem Stande zu erhalten habe, und gleichwohl iſt in den Quellen bei dieſen Realſervituten von einem cogere, von einem Zwangsrecht gegen den Verpflichteten, nirgends die Rede. Die Singularität dieſes jus cogendi bei der Servitus oneris ferendi hat zuerſt Brinz (Lehrbuch der Pandekten, S. 261 f.) dahin interpretirt, daß „das dieſer Servitut innewohnende Zwangsrecht ſich ſchlechterdings nicht in das gewöhnliche Servitutengeleiſe bringen läßt", und dadurch negativ den Charakter jenes Zwangsrechtes angezeigt. Die Verpflichtung zu jener Reparatur iſt nämlich als eine eventuelle Reallaſt[31]) anzuſehen, der zufolge der jeweilige ſervitutspflichtige Eigenthümer des Grundes nebenbei zur Herſtellung der Mauer verbunden iſt; er ſteht außer der Servitutspflicht noch in der Verpflichtung einer Reallaſt.

Nach öſterreichiſchem Rechte beſteht eine ſolche ausſchließliche Verpflichtung des Eigenthümers bei der Dienſtbarkeit der Bürdetragung nicht; denn der §. 483 G. B. verordnet als Konſequenz des vorhergehenden Paragraphes ganz allgemein, daß der Aufwand zur Erhaltung und Herſtellung der Sache, welche zur Dienſtbarkeit beſtimmt iſt, in der Regel von dem Berechtigten getragen werden ſoll, und daß der verhältnißmäßige, nach ſeiner Benutzung bemeſſene Beitrag des Verpflichteten lediglich eine Folge ſeines Benutzungsrechtes iſt[32]). Dem entſprechend normirt der §. 487 G. B. als Folgerung aus den §§. 482 und 483, daß insbeſondere bei der Bürdetragung der Servitutspflichtige (blos) verhältnißmäßig zur Erhaltung der dazu beſtimmten Mauer, Säule oder Wand beitragen müſſe, aber nicht angehalten werden könne, das herrſchende Gut zu unterſtützen. Dennoch kann durch Vertrag dem Servitutspflichtigen eine ſolche ausſchließliche Verbindlichkeit auferlegt werden, die, ſo ferne ſie in die öffentlichen Bücher eingetragen wird, die Natur einer Reallaſt annimmt.

---

[31]) Eventuell im Gegenſatze zu jenen, wo die Leiſtung eine in beſtimmten Zeitabſchnitten wiederkehrende iſt (vergl. §. 858 a. b. G. B.).

[32]) Von dieſem etwaigen Beitrage kann er ſich, wie im römiſchen Rechte, durch Dereliktion oder durch Abtretung an den Berechtigten befreien, weil ſeine Verpflichtung nur eine mit dem Beſitze der Sache verknüpfte iſt.

4. Unübertragbarkeit. Weil die Servitut nur Existenz hat für ein bestimmtes Rechtssubjekt, so folgt, daß das Recht der Servitut unübertragbar sei (§. 485 b. G. B.). Der Satz in dem eben zitirten Paragraphe „von der dienstbaren Sache" beweist die Unzulässigkeit der eigenmächtigen Absonderung, so wie der Unübertragbarkeit in Rücksicht des Verpflichteten; jener „noch auf eine andere Sache oder Person" die Unübertragbarkeit in Rücksicht des Berechtigten[33]); ersteres, weil es dem Berechtigten nicht einerlei sein kann, über welchen körperlichen Gegenstand er das Recht hat; letzteres, weil Dienstbarkeiten einem spezifisch bestimmten Subjekte zustehen. Realservituten können somit nicht auf den Eigenthümer eines anderen Grundstückes übertragen werden, sondern sind vielmehr untrennbar bis zu ihrer Erlöschung mit dem Eigenthume des herrschenden oder pflichtigen Grundes verbunden. Selbst ihre Ausübung kann nicht einem Anderen überlassen werden, weil sie gemäß §. 473 b. G. B. zur vortheilhafteren oder bequemeren Benutzung eines bestimmten Grundstückes dienen sollen. Die einzige mögliche Uebertragung an den pflichtigen Eigenthümer enthält einen Erlaß der Dienstbarkeit.

Prädialservituten sind Zugehör eines bestimmten Grundes, und werden in dieser Eigenschaft nicht als für sich bestehende Rechte betrachtet, auf welche es, wie auf eingetragene Forderungen, möglich wäre, ein Hypothekarrecht dergestalt zu erlangen, daß sie selbst als Pfand gelten könnten (Hof-Dekret vom 19. Juli 1792, lit. b., Z. 33, J. G. S.). Für Realservitutsrechte kann aber ein Gut eben sowohl als Hypothek dienen, als sie mit dem herrschenden Grunde selbst verpfändet werden können (§. 457 a. b. G. B.).

Der Theorie zufolge können bestehende Servituten nicht als Pfand bestellt werden, weil die Verpfändung schließlich zur Veräußerung führt, und der Gläubiger keine abgesonderte Veräußerung derselben bewirken, somit aus derselben seine Befriedigung nicht erlangen könnte. Nach römischem Rechte hat in diesem Falle der Gläubiger lediglich das Recht, die Dienstbarkeit, die noch keinen Inhaber hatte, statt des Eigenthümers für den Nachbar gegen ein Entgelt zu bestellen. Dann ist also das Bestellungsrecht einer Grunddienstbarkeit dem Gläubiger als Pfand dergestalt eingeräumt worden, daß er dieselbe zur Befriedigung seiner

---

[33]) Pachmann Beiträge zur Lehre von Dienstbarkeiten nach österreichischem Rechte in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, 1837, 1. Bd., S. 63.

Forderung einem Grundnachbar des Verpfänders errichte, und sich aus dem dafür erhaltenen Preise zahlhaft mache. Für das österreichische Recht kam die Meinung zur Geltung[34]), daß dem Berechtigten bei der Bestellung der Servitut insbesondere das Veräußerungsbefugniß zugestanden werden könne. Die Veräußerung einer bereits bestehenden Grunddienstbarkeit könnte sodann immerhin auch zur Befriedigung einer Forderung geschehen, wenn sie dem Gläubiger ursprünglich mit dem Zusatze bestellt würde, daß es ihm, wenn er zur gehörigen Zeit nicht befriedigt wird, gestattet sei, dieselbe einem Nachbar zu verkaufen, und aus dem Preise im gesetzlichen Wege nach §. 461 a. b. G. B. die Forderung einzulösen. In dieser Auffassung liegt einiges Wahre; dennoch findet die Veräußerung eines bestehenden Servitutsrechtes deshalb nicht statt, weil dem Gläubiger lediglich der Besitz der Servitut als Pfand, nicht aber das Servitutsrecht selbst zustand[35]).

Nach dem Hof-Dekrete vom 17. Juli 1792, lit. a., Nr. 33, J. G. S., sind zwar Grunddienstbarkeiten bei der Krida nur anzumelden, weil sie den Werth der Liegenschaft für jeden Besitzer vermindern; jedoch nicht zu klassifiziren, sondern wenn ihr Bestand rechtlich berichtigt wurde, blos in den Grundinventarien und beziehungsweise Abschätzungsprotokollen anzumerken, mithin die Berechtigten dabei unbeirrt zu belassen. Sie sollen somit nach diesem Hofdekrete auf dem Gute haften bleiben, was auch der bleibenden Natur der Servituten entspricht. Allein die Praxis[36]) gestattet eine bedeutungsvolle Modifikation dieses Hofdekretes. Denn zufolge des §. 15 des Landtafel-Patentes v. 22. April 1794, Nr. 171 J. G. S., und des §. 39 der dazu erflossenen Landtafel-Instruktion, in Uebereinstimmung mit dem in den §§. 364 und 486 a. b. G. B. niedergelegten Grundsatze unterliegen die Grunddienstbarkeiten, wie andere Satzposten, der den Vorgang bestimmenden Ord-

---

34) Pachmann Beiträge, S. 65.

35) L. 12, Dig. de pign. (20, 1): Man könne (bei S. P. R.) einen Vertrag dahin schließen, daß der Gläubiger, so lange die Schuld nicht gezahlt ist, die Servitut ausübe — so ferne er nämlich das benachbarte Grundstück besitzt —, und wenn er nicht innerhalb einer bestimmten Zeit befriedigt würde, sie dem anderen Nachbar verkaufen dürfe (wodurch für diesen die Servitut erst entsteht). Dagegen ist dies bei der S. P. U. ausgeschlossen, l. 11, §. 3, Dig. de pign. (20, 1). Nur setzt l. 12 cit. den seltenen Fall voraus, daß zwei verschiedene Grundnachbarn rücksichtlich derselben Dienstbarkeit ein Interesse haben.

36) Gspann Darstellung des rechtlichen Einflusses einer Servitut auf ein mit Pfandrecht belastetes dienendes oder herrschendes Gut (Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1836, II., S. 125 ff.; vergl. auch Ordacki in derselben Zeitschrift 1834, I., S. 119 ff.).

nung. Hiernach iſt die Realſervitut durch Vormerkung oder Einverleibung nur in ſo weit geſchützt, als die früher intabulirten Gläubiger mit ihren verſicherten Forderungen befriediget werden. Sowohl beim Konkurſe, als bei der exekutiven Verſteigerung kann alſo die Grunddienſtbarkeit zum Nachtheile der vorher eingetragenen Gläubiger nicht fortbeſtehen, es ſei denn, daß dieſe ſelbſt ihre Zuſtimmung zur bleibenden Belaſtung abgegeben hätten. — Da im §. 39 der Landtafel-Inſtruktion zugleich von der Eintragung der Beſtandverträge und der Dienſtbarkeiten gehandelt wird, die Wirkung alſo vorausſichtlich bei beiden eine gleiche iſt, und §. 1124 a. b. G. B. beſtimmt, daß dem Beſtandnehmer bei einer nothwendigen gerichtlichen Feilbietung ſein Verzugsrecht vorbehalten bleibe, ſo muß dasſelbe auch im gleichen Falle von der Realſervitut[37]) gelten, und dem Servitutsberechtigten ſein Entſchädigungsrecht gegen den Servitutspflichtigen gewahrt ſein.

Nach dieſer Behandlung des Servitutsberechtigten wird demſelben auch, und wie ich glaube, mit Recht, das jus offerendi des §. 462 a. b. G. B. zugeſtanden, da es mindeſtens in gleichem Maße, wie des eigentlichen Pfandgläubigers, ſein Intereſſe erheiſcht, daß die Feilbietung der dienſtbaren Liegenſchaft unterbleibe. — Eben ſo gilt in der Praxis, unterſtützt durch den bezogenen §. 364 a. b. G. B., die Anſicht, daß der Eigenthümer des herrſchenden Gutes, ohne Zuſtimmung der Tabulargläubiger, die mit demſelben verbundene Prädialſervitut nicht aufgeben könne, und dieß um ſo weniger, da nach §. 457 das Pfandrecht ſich auf das Zugehör erſtreckt und die Grunddienſtbarkeit als ein ſolches zu betrachten iſt (§§. 294 und 473 G. B.).

5. Untheilbarkeit. Schon aus dem Begriffe der Dienſtbarkeit fließt der Grundſatz der Untheilbarkeit. Denn der Inhalt der Servituten, beziehungsweiſe Realſervituten, beſteht aus Befugniſſen, die ſich in einem Benützen[38]), in einem usus äußern, und dieſer läßt ſich nicht theilen[39]). Daß die römiſche Auffaſſung auch den Grunddienſtbarkeiten

---

[37]) Gſpann, S. 189.

[38]) Hierbei wird „die Benützung" freilich im weiteſten Sinne genommen; denn bei der Licht-, noch mehr bei der Ausſichts-Servitut wird lediglich ein An- oder Durchblick bedungen.

[39]) L. 17, Dig de S. P. U. (8, 1) viae, itineris, actus, aquae ductus pars in obligationem deduci non potest: quia usus eorum indivisus est; l. 19, Dig. in fine de usu (7, 8): uti pro parte non possumus. Am bezeichnendſten ſpricht ſich hierüber Pomponius aus: Et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut qui eum patiatur, naturam ejus corrumpat.

nach österreichischem Rechte zu Grunde liegt, ergibt sich aus §. 473 b. G. B., wo ausdrücklich von der „Benutzung" gehandelt wird.

Da mit dem Eigenthume (Besitze, §§. 473 u. 474 G. B.) eines Grundstückes sowohl das Recht, als die Pflicht der Servitut verbunden ist, somit (wenn auch in der Erscheinung meist nur auf einen Theil des dienstbaren Gutes beschränkt, doch) dem Begriffe nach auf dem ganzen Grunde haftet[40]); so folgt daraus, daß das Servitutsrecht ungetheilt und seinem Inhalte nach unverändert bleibt, wenn auch das herrschende oder dienstbare Grundstück vergrößert, verkleinert oder zertheilt würde (§§. 485, 844, 847 b. G. B.).

Durch Verkleinerung des dienstbaren Grundstückes wird zwar das Recht der Dienstbarkeit nicht verändert; wohl aber die Ausübung dieses Rechtes beschränkt. Wird das verkleinerte Gut später wieder vergrößert; so wird die Ausübung der Servitut im ganzen Umfange bis zum früheren Maße wieder vermehrt (§. 525 b. G. B.). Hingegen wird auch durch Vergrößerung des dienstbaren Gutes das Servitutsrecht (§. 484 b. G. B.).

Durch eine Theilung des dienstbaren Gutes wird gleichfalls das Servitutsrecht weder verändert, noch getheilt, insbesondere weil es sich nicht eigenmächtig von der dienstbaren Sache absondern läßt (§. 485 G. B.), und weil die bloße Theilung was immer für eines (gemeinschaftlichen) Gutes einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichen kann, so daß das ihm zustehende Servitutsrecht nach wie vor der Theilung gegen jeden Theilhaber ausgeübt wird (§. 847 G. B.); alle Verpflichteten müssen sich das Servitutsrecht auf der unter sie getheilten dienstbaren Liegenschaft gefallen lassen.

Wenn das herrschende Gut unter Mehrere getheilt wird, so kann das Servitutsrecht von allen Miteigenthümern ausgeübt wer-

---

[40]) Dafür, daß dem ganzen herrschenden Gute das Recht anklebe, spricht im §. 473 G. B. die Bezeichnung „zu dessen Benützung", — ferner §. 485 ebd., welcher bestimmt, daß das Recht, weil es auf dem Grundstücke haftet, durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstückung weder verändert, noch getheilt werden kann. — Für die Haftung des ganzen dienstbaren Grundes streitet §. 486 ebd. „Ein Grundstück kann mehreren Personen zugleich dienstbar sein." Für Beides die gesetzlichen Ausdrücke: „das herrschende und dienstbare Grundstück", welchen zufolge man eine Herrschaft oder Belastung über das Ganze annehmen muß, so ferne sie nicht augenscheinlich auf einen bestimmten Theil beschränkt sind. Vergleiche Zeiller Kommentar II., S. 308, Nr. 2. — L. 23, §. 3, de S. P. U. (8, 3): Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur: et ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur.

den, weil Grunddienſtbarkeiten allen Theilhabern zu Statten kommen (§. 844), wodurch aber dem Verpflichteten keine größere Laſt aufgebürdet werden darf (§. 484 b. G. B.). Die Servitut bleibt eine einzige, und wird nicht in mehrere (Theilſervituten oder Servitutstheile) zerlegt. — Mit der Verminderung des Bedürfniſſes kann die Ausübung des Dienſtbarkeitsrechtes eine Beſchränkung erleiden (§. 484 b. G. B.), z. B. beim Weiderechte; während bei einer Vergrößerung des Grundſtückes eine Erweiterung, ſelbſt bei vermehrtem Bedarfe, unzuläſſig iſt.

Aus dem Grundſatze der Untheilbarkeit (§§. 844 u. 485 b. G. B.) erhellt, daß eine Berechtigung Mehrerer weder nach ideellen, noch nach körperlich getrennten Theilen denkbar ſei[41]). Sowohl das Recht als die Pflicht der Dienſtbarkeit iſt ſolidariſch[42]). Jeder Theilhaber haftet daher für das Ganze. Eben deshalb, weil die Servitut untheilbar iſt, ſowohl rückſichtlich des Rechtes, als des Gegenſtandes, kann ſie weder theilweiſe und eben ſo wenig an einem ideellen Theile einer Sache beſtellt, noch theilweiſe verloren werden, wohl aber kann der Berechtigte die Servitut auf einen beſtimmten kleineren Theil des Grundſtückes beſchränken, z. B. beim Weiderechte, oder durch Reduzirung des Fahrweges auf einen Fußſteig. Denn dann liegt ein theilweiſer Nachlaß vor, welcher keine Theilung, ſondern blos eine Beſchränkung der Servitut enthält, und durch den mitunter aus der früheren Servitut eine neue, dem Umfange nach freilich geringere, hervorgehen kann.

Von dieſem Grundſatze der Untheilbarkeit tritt eine Ausnahme dann ein, wenn der Servitutsberechtigte das Eigenthum an einem körperlich getrennten Theile des dienſtbaren Grundſtückes erwirbt, oder wenn der Servitutspflichtige Eigenthümer an einem phyſiſchen Theile des herrſchenden Gutes wird[43]). Denn hier beſteht die Dienſtbarkeit nur noch hinſichtlich des dem früheren Eigenthümer verbliebenen Theiles. Ihrem Gegenſtande nach wird ſie getheilt, und geht in Folge einer Vereinigung (§§. 526 und 1445 G. B.) zum Theile unter[44]).

---

[41]) L. 17, Dig. de Serv. (8, 1). L. 4, §. 34, Dig. si Serv. (8, 5). L. 6, §. 4 eodem.

[42]) Vergl. die zitirten §§. 844 und 485 in Verbindung mit §. 890 G. B. Siehe auch Zeiller's Kommentar zu §. 485, Nr. 2, am Ende.

[43]) Pachmann Beiträge a. a. O., S. 79.

[44]) L. 8, §. 1, Dig. de Serv. (8, 1): Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit. Aus dieſer l. 8 cit. erklärt ſich l. 27, Dig. de S. P. R. (8, 3), wo das gemeinſchaftliche dem eigenen Grundſtücke dienen kann, wenn nämlich erſteres erſt gemein-

Sie erlischt aber dann vollends, wenn sie auf jenen Theil beschränkt war, mit welchem die Vereinigung vor sich ging, wie z. B. bei dem Rechte, aus einer fremden Quelle Wasser zu schöpfen, oder dem Weiderechte, wenn der Servitutsberechtigte das Eigenthum des Theiles, worauf sich die Quelle oder Weide befindet, erwirbt. Dabei ist jedoch das Prinzip der Publizität der öffentlichen Bücher (§. 526 b. G. B.) zu beachten, welches das Wiederaufleben der Servitut im Falle einer neuerlichen Trennung beider Grundstücke dann bewirkt, wenn dieselbe inzwischen in den öffentlichen Büchern nicht gelöscht wurde.

An einer bereits gemeinschaftlichen Sache kann ein Miteigenthümer kein Servitutsrecht erwerben; denn da er kein jus in re aliena an seiner eigenen Sache haben kann, so könnte er es nur an dem Theile erlangen, der ihm nicht gehört. Dieß aber ist unmöglich, weil die Servituten nicht theilweise erworben werden können[45]). Abgesehen wird hier von der Gemeinschaft bei partes pro diviso. Denn da bestehen im Grunde zwei von einander durch Grenzen geschiedene Liegenschaften, so daß ein Genosse an dem ihm durchaus fremden Stücke des anderen für das ihm allein gehörige Gut ein Servitutsrecht erwerben kann. Für ein bereits gemeinschaftliches Grundstück läßt sich eine Servitut an dem blos einem Miteigenthümer gehörigen Gute nicht erwerben, weil auch hier ein theilweiser Erwerb stattfinden müßte, und dieser, wegen der Untheilbarkeit, ausgeschlossen ist. Bei partes pro diviso kann jedoch gleichfalls der Eigenthümer des einen Stückes für dasselbe an dem seinem Genossen allein gehörigen eine Servitut erwerben.

Die Servitut geht aber nicht unter, wenn der Servitutsberechtigte erst Miteigenthümer der dienstbaren, oder der Servitutspflichtige Miteigenthümer der herrschenden Sache wird; denn sie könnte nur zu diesem Theile untergehen, was wegen der Untheilbarkeit nicht denkbar ist. Auch läßt sich in diesen beiden Fällen, insbesondere nach österreichischem Rechte, eine Erlöschung durch confusio nicht annehmen, weil man in Anbetracht der §§. 828 und 833 a. b. G. B. nicht behaupten kann, daß das Eigenthum des herrschenden und dienstbaren Grundstückes in Einer Person vereinigt, oder daß das Recht und die Verbindlichkeit in Einer Person zusammentreffen (§§. 526 und 1445 a. b.

---

schaftlich wird; auch kann unter dieser Voraussetzung das eigene dem gemeinschaftlichen, und auch ein gemeinschaftliches einem anderen gemeinschaftlichen Gute dienstbar sein (l. 34 eod).

[45]) L. 32, Dig. de S. P. R. (8, 3): „per partes nec adquiri, nec imponi servitutes posse."

G. B.). Wird jedoch das gemeinschaftlich gewordene Gut später zwischen den Miteigenthümern physisch getheilt: so besteht die Servitut nur noch rücksichtlich desjenigen Theiles, der dem vorigen Alleineigenthümer heimfällt, weil sie bei dem anderen Theile durch Vereinigung untergeht (§. 526 b. G. B.)[46]. Der Miteigenthümer, als solcher, kann für die gemeinschaftliche Sache ohne (wenn gleich auch erst nachfolgende) Einwilligung seiner Theilhaber keine Servitut erwerben, geschweige denn bestellen, da er für sich allein keine Veränderung vornehmen darf, wodurch über die Antheile der übrigen verfügt würde.

Die Praxis und das Prinzip der Evidenz der öffentlichen Bücher modifizirt die hier dargestellten Grundsätze häufig, weil es ganz wohl im Interesse eines Miteigenthümers liegen kann, an der gemeinschaftlichen Sache oder für dieselbe eine Servitut zu bestellen. Die dagegen aufgestellten Rechtssätze entsprechen nicht immer den Lebensverhältnissen, welche gegen dieselben ankämpfen und deren Umwandlung verlangen[47].

6. Beschränkte Ausübung. Wenn Jemand von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, so hat er den für einen Anderen daraus entstehenden Nachtheil nicht zu verantworten (§. 1305 b. G. B.); daher kann auch der Servitutsberechtigte sein Recht auf die ihm gefällige Art ausüben (§. 484 G. B). Andererseits begünstiget aber das Gesetz die Freiheit des Eigenthumes; so namentlich im §. 324, wo diese Freiheit als rechtliche Vermuthung aufgestellt wird, eine Vermuthung, die mit den §§. 354 und 362 b. G. B. in der nächsten Verbindung steht, und die im §. 360 G. B. ihre weitere Begründung findet. Und eben deshalb dürfen Servituten nicht erweitert; sie müssen vielmehr nach ihrer Natur und ihrem Zwecke eingeschränkt werden (cit. §. 484 ebd.), ein Grundsatz, der aus dem römischen Rechte stammt, nach welchem Dienstbarkeiten „civiliter", d. h. auf eine solche Art ausgeübt werden sollen, daß, unbeschadet der Befugnisse des Berechtigten, dem pflichtigen Eigenthümer dadurch so wenig Nachtheil als möglich verursacht werde[48].

Wie weit der Umfang der Servitutsberechtigung in einem gegebenen Falle reiche, muß mittelst Auslegung gemäß §§. 6, 655, 914,

---

[46]) Pachmann Beiträge, S 80.

[47]) Rippel III., Erläuterungen zu §. 472. — Winiwarter II., S. 290. — v. Stubenrauch II, S. 138 f. — In zergliedernder Weise unterscheidet dießfalls in Betreff der Balkeneinlassung Schuster im Baurecht, S. 325.

[48]) L. 9, Dig. h. t. (8, 1). Augenscheinlich liegen dieser Stelle und dem darin ausgesprochenen Prinzipe Billigkeitsrücksichten zu Grunde.

915 a. b. G. B. aus dem Wortlaute und dem Sinne der dießfälligen Bestimmungen, daher aus dem Begriffe und Zwecke der fraglichen Dienstbarkeit entnommen werden. Ist die Erfüllung der im Allgemeinen übernommenen Verpflichtung, eine gewisse Servitut zu konstituiren, in mehrfacher Weise möglich (wenn z. B. an mehreren Stellen der Fahrweg gebahnt werden kann), so hat der Servitutspflichtige zwar die Wahl, in welcher Art er das Servitutsrecht einräumen wolle; er kann jedoch, wenn er diese einmal getroffen hat, für sich allein von ihr nicht mehr abgehen (§. 906 b. G. B.). Ist aber die Bestellung der Servitut bereits erfolgt, und kann die Ausübung derselben auf manchfaltige Weise stattfinden, so darf der Servitutsberechtigte die ihm beliebige Art wählen (§. 484 b. G. B.)[49]).

Das Gesetzbuch enthält vielfache Folgerungen des im §. 484 aufgestellten Prinzipes der Beschränkung der Servitutsausübung in den §§. 488, 489, 491, 493, 497 a. E., 499, 500, 501 und 502. — Viele Beschränkungen der Realservituten, welche auf wirthschaftlichen Gründen beruhen, wurden durch besondere Vorschriften geregelt. Einen Beweis dafür liefert die Verordnung vom 14. Jänner 1775, 7. Band, S. 160 Theres. G. S., welche bestimmt, daß der Viehtrieb auf die Wiesen im Frühjahre gar nicht, zur Herbstzeit aber nicht vor Michaeli vorgenommen werden dürfe, auf nasse Wiesen zu keiner Zeit gestattet werde, weil dadurch der Graswuchs gehindert, folglich die gewährte Benützung derselben ganz wegfallen, oder mindestens vermindert würde. — Zufolge Hof-Kanzlei-Dekretes vom 14. März 1819 wurde das Abweiden der Saaten durch Viehheerden allgemein verboten, wenn es wider den Willen des Eigenthümers geschieht, und nicht Privatverträge, Urbarien oder sonstige Rechtstitel eine solche Beweidung gestatten. Durch Allerh. Entschließung vom 2. Mai 1831 wurde dieses Verbot gleichermaßen auf das Abweiden der Wiesen ausgedehnt. — Beschränkungen rücksichtlich der Waldweide und der Bodenstreu enthalten die §§. 10 und 11 des Forstgesetzes vom 3. Dezember 1852, Nr. 250 R. G. Bl. Das in dieser Beziehung wichtigste Spezialgesetz ist das kaiserl. Patent vom 5. Juli 1853, Z. 130, R. G. Bl., wodurch einige Grunddienstbarkeiten nur unter besonderen Bedingungen als mit den Landeskulturverhältnissen vereinbar erklärt wurden.

In Folge des im §. 484 b. G. B. enthaltenen Grundsatzes kommen mitunter solche Modifikationen der Dienstbarkeiten vor, daß man

---

[49]) Vergl. v. Stubenrauch II., S. 161.

sich verleiten lassen könnte, eine Reallast statt einer Realservitut anzunehmen[50]), welcher Zweifel aber bei genauerer Betrachtung entfällt.

Es erübrigt uns hier noch, die den Realservituten eigenthümlichen leitenden Grundsätze (welche sonach nur für diese gelten) zu betrachten, wie sie aus dem römischen Rechte entsprossen, auch in unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch Eingang fanden.

1. Realservituten, mit dem Besitze (Eigenthume) eines Grundstückes verknüpft (§. 473 a. b. G. B.), sind Zugehör des Grundeigenthums. Bei ihnen gilt der von den Romanisten aufgestellte, in den §§. 473 und 474 b. G. B. wiedergegebene Grundsatz: praedium praedio servit[51]) als unwandelbar; diesem zufolge ist der Servitutspflichtige nach der Leistungsfähigkeit seines Grundstückes (sofern keine besondere Beschränkung eintritt) dem Servitutsberechtigten nach den Bedürfnissen des seinen verbunden.

Der Umfang des Realservitutsrechtes findet daher seinen Maßstab und seine Begrenzung in dem Bedürfnisse des berechtigten Gutsherrn, als solchen. Ueber dieses Bedürfniß geht somit die Servitutsverpflichtung nicht hinaus[52]).

Die Grunddienstbarkeit muß voraussichtlich für jeden Eigenthümer des herrschenden Gutes, als solchen, von Nutzen sein, auf das herrschende Grundstück selbst einen Einfluß zu üben, zu „dessen vortheilhafteren oder bequemeren" Benutzung dienen (§. 473 G. B.). Daher würde auch nach österreichischem Rechte der Fall der l. 8 pr. de S. (8, 1) ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenare in alieno possimus nicht als Realservitut bestellt werden können.

---

[50]) Dieß ist namentlich dort der Fall, wo das Forstpersonal des Grundherrn die Fällung des Holzes für bezugsberechtigte Dritte zu leiten hat; denn dann sind die Bezugsberechtigten die Handelnden, weil sie, und nicht der Grundeigenthümer, den Schlägerlohn zahlen, die Holzhauer daher im Namen der Ersteren das Holz fällen. Der Gutsherr ist nicht verpflichtet, ihnen das Holz zu liefern, nicht verbunden, etwas zu leisten, sondern vielmehr berechtigt, durch seine Forstbediensteten den Bezug in eigenem Interesse zu leiten und zu überwachen. Hierin liegt daher keine Reallast, sondern blos eine durch den Grundsatz der beschränkten Ausübung im Interesse der Servitutspflichtigen herbeigeführte Modifikation des Bezuges.

[51]) L. 12, Dig. Commun. praed. (8, 4). Vergl. Zeiller Kommentar, II. Bd, S. 293.

[52]) L. 5, §. 1 in fine Dig. de S. P. R. (8, 3). Sed ipse (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Vgl. auch Schuster Baurecht, S. 175 ff.

Rechte, welche nicht den Nutzen des herrschenden Grundeigenthümers an und für sich, sondern lediglich ein zufälliges Interesse der aufeinanderfolgenden Grundherren befördern, sind keine Prädialservituten, sondern blos persönliche Befugnisse; weil dann nicht der Grundeigenthümer in dieser Eigenschaft, sondern nur die zeitweiligen Eigenthümer nach ihren spezifischen Interessen als Subjekte des Rechtes betrachtet werden können. — Der Nutzen, welcher der herrschenden Liegenschaft zukommt, wird nach Verschiedenheit der einzelnen Servitutenbildungen auch ein verschiedener sein. Derselbe kann in der Ermöglichung oder Erleichterung des Zutrittes zu dem herrschenden Gute bestehen, wie bei den Wegservituten (§§. 477, Z. 1, 492—495 G. B.), oder in der Ergänzung eines Mangels an Stoff (§§. 477, Z. 2, 3, 4, 6, 490, 496—503 ebd.), wie bei den Wasserrechten, der Weidegerechtigkeit, dem Rechte Holz zu fällen, Steine zu brechen, Sand zu graben, zu deren Entstehung landwirthschaftliche Bedürfnisse führten; oder umgekehrt: in der Ableitung gewisser überflüßiger Substanzen, des Rauches, der Dachtraufe, wie auch anderer Flüssigkeiten (§§. 475, Z. 5, 6, 7, 487, 489, 497); ferner nicht blos in dem Ersatze irgend eines Raummangels (§. 475, Z. 4), sondern auch in wirklicher Unterstützung (§. 475, Z. 1 und 2) und in der Unterlassung gewisser Handlungen.

2. Das dienende Grundstück muß dem herrschenden jenen Nutzen gewähren, und schon seiner Beschaffenheit nach *fortdauernd* prästiren können. Denn der §. 473 b. G. B. hat einen bleibenden Zustand im Sinne, indem er die Verknüpfung der Dienstbarkeit mit dem *Besitze* eines Grundstückes (welche folglich auf jeden Besitzer übergeht) voraussetzt, wobei kraft §. 474 b. G. B. das dienstbare Grundstück den Vortheil beischaffen muß (§. 472 ebd.). Für ein dauerndes Verhältniß spricht auch §. 479 G. B., weil das Gesetz jenen *vorübergehenden*, auf die Lebensdauer der Person *beschränkten*, oder von dem Willen des Verleihers abhängigen Rechtsbildungen nicht günstig ist, indem es dieselben als Ausnahmen bezeichnet, und jenem, der sie behauptet, die Beweislast auferlegt. Eben so bekunden die einzelnen Prädialservituten selbst, zumal jene, welche besondere Vorrichtungen erfordern (§. 475, Z. 1—4, §. 477, Z. 1, §§. 489—491, §. 497 b. G. B.) den andauernden Charakter dieser Rechtsverhältnisse, welchem wieder die bleibende Leistungsfähigkeit des dienenden Gutes zu Grunde liegt.

Dieß ist das römisch-rechtliche Erforderniß der sogenannten per-

petua causa[53]), welche nicht wörtlich zu nehmen ist, sondern bei der Vergänglichkeit alles Irdischen blos den Sinn hat, daß eine voraussichtlich sehr lange Ausübung zu erwarten steht. Dieses gilt insbesondere bei jenen Prädialservituten, welche auf stoffliche Ergänzungen gerichtet sind, z. B. bei dem Rechte, Sand zu graben, Steine zu brechen (§. 477, Z. 6, G. B.), bei welchen nach der Menge des Vorrathes und dem verhältnißmäßig geringen Bedarfe eine Erschöpfung des zu benutzenden Materials erst nach Menschenaltern zu gewärtigen ist.

3. Aus dem Grundsatze, daß die Servitut für das herrschende Gut vom Nutzen sein müsse, folgt, daß eine solche Lage beider Grundstücke zu einander nothwendig sei, durch welche jener Vortheil gewährt werden könne. Hiermit wird aber weder nach gemeinem, noch nach österreichischem Rechte gerade ein unmittelbares Anstoßen beider Liegenschaften erfordert[54]). Für unser einheimisches Recht geht dieß beispielsweise schon aus dem §. 476, Z. 11, b. G., rücksichtlich der Aussichts-Dienstbarkeit hervor, die ihrer Natur nach auch bedungen werden kann, wenn ein fremdes Gut dazwischen liegt. Doch müssen die beiden Grundstücke selbstverständlich in solcher Nähe liegen, daß die Ausübung der Dienstbarkeit jenen prinzipiell geforderten Nutzen ungestört gewähre[55]); daher ist immerhin ein solches örtliches Verhältniß beider nöthig, daß die Ausübung nicht durch ein drittes (dazwischenliegendes) Gut gehindert wird.

---

[53]) Vergleiche die vielbesprochene l. 28, Dig. de S. P. U. (8, 2): omnes autem Servitutes praediorum urbanorum perpetuas causas habere debent, und l. unica §. 4 de fonte (43, 22).

[54]) L. 8, Pr. de oper. nov. nunciat. (39, 1). Es ist demnach „die Nachbarschaft", womit man dieses Requisit gemeinhin bezeichnet, nicht gerade wortgetreu zu nehmen.

[55]) L. 38, Dig. de S. P. U. (8, 2).

III.

Ueber die hohe Idee der Gerechtigkeit und den Einfluß der Wissenschaft auf die Realisirung derselben im Staate.

Vortrag,

Gehalten vom Herrn Dr. Anton v. Virozsil, k. k. Hofrathe, jub. Univ.-Rektor, und Prof. in Pest ꝛc. — beim Beginne seiner Vorlesungen aus dem ung. Staats-Rechte an der k. k. Wiener Universität, im Winter-Semester des Jahres 1863/4.

— Justitia regnorum fundamentum.
Cicero de republ. III.

Meine Herren!

Indem ich heute zum ersten Male hier öffentlich in Ihre Mitte trete, um der Aufforderung des hohen k. k. Staatsministeriums — zugleich aber auch dem aus Ihrer Mitte kundgewordenen Wunsche, nach besondern über das ungarische Staatsrecht an dieser Hochschule abzuhaltenden Vorträgen — möglichst Genüge zu leisten; kann ich nicht umhin, vor Allem freimüthig und offen zu gestehen: daß die mir hier so unvermuthet zu Theil gewordene Aufgabe, so ehrenvoll dieselbe auch für mich in einiger Beziehung sein mag, dennoch unter den gegenwärtigen politischen Umständen auch ihre Bedenklichkeiten habe, die den warnenden, meinem vor Jahren bereits im Drucke erschienenen analogen Werke*) als Motto

*) Dieses hier angedeutete, in der Ofner Universitäts-Buchdruckerei im Jahre 1850 bis 1854 heftweise in Groß-Quart erschienene, dann erst nach Her-

vorangestellten Zuruf des alten römischen Dichters: „Periculosae plenum opus aleae.“ Horat. II. 1. — auch jetzt — eben so wie damals — einigermaßen rechtfertigen, ja zur Wahrheit machen könnte. — Denn

Wenn je das Wort des großen Leibnitz: „Die Gegenwart wäre stets schwanger mit der Zukunft“ in ernsterer Bedeutung genommen werden sollte, so könnte dieß wohl in unserer so überwiegend politischen Zeit vorzugsweise der Fall sein. — In der That: waren wir bereits in diesem Jahrhunderte lebende Zeugen so mancher großen Ereignisse auf dem politischen Schauplatze der Welt, so könnten wir uns gegenwärtig leicht an der Schwelle noch größerer befinden, wenn die an dem politischen Horizonte Europa's ringsherum aufsteigenden drohenden Wolken, gleich den ungünstigen Auspizien der Alten, wirklich ihre ominöse Bedeutung haben sollten. — Doch um nicht in den Fehler der Alles zu schwarz sehenden politischen Wetterpropheten zu verfallen, wollen wir uns jeder nähern Andeutung in dieser Beziehung enthalten, und uns blos auf die allgemeine Wahrnehmung beschränken: daß mancherlei drückende Ueberreste aus einer frühern gewaltthätigen Zeit, manche und immer mehr zunehmende Uebelstände in der Verfassung und Verwaltung der Staaten, getäuschte Hoffnungen, politische Experimente jeder Art — doch meist ohne Erfolg — unternommen, endlich die in unserem Jahrhunderte so häufigen Verfassungs-, Regierungs- und Dynastien-Wechsel eine fortwährende politische Aufregung unter den Völkern hervorgebracht haben, die sich meist in dem Streben nach einer Aenderung der bisherigen Zustände, nach einer bessern Lage der politischen und bürgerlichen Verhältnisse, kurz nach einer Reform der bisher bestandenen Verfassungs- und Verwaltungs-Formen — daher auch bei Völkern, die bisher zu wenig die bürgerliche und politische

---

ausgabe des VI. Heftes oder Specimen's mit dem Haupt-Titel: Jus publicum Regni Hungariae etc. und einem allgemeinen Inhalts-Verzeichnisse versehene lat. Werk war Anfangs blos als akademische Gelegenheitsschrift für den gebildeteren Theil des vaterländischen Publikums bestimmt, kam daher auch nicht in den Buchhandel. — Später erst, im Jahre 1861, wurde ein kurzer, für akademische Vorlesungen bestimmter und in's Ungarische übersetzter Auszug daraus, durch den Verfasser selbst veranstaltet, und unter dem Titel: Magyar-ország nyilván- vagy köz-joga, mint az alkotmánya eredetétől 1847/3-ig fennállott etc. von derselben Universitäts-Buchdruckerei in Ofen in einem Bande in Oktav herausgegeben.

Freiheit gekannt, in der Sehnsucht nach Konstitutionen mit Volksvertretern kundgegeben — einer Staatsform, zu der sie nach so viel überstandenen Stürmen wie zu einem rettenden Leuchtthurme ihre hoffenden Blicke emporheben; wogegen in Staaten, die sich einer solchen Verfassung bereits erfreuen, jene gewünschte Abhilfe der vorhandenen staatlichen Gebrechen und Uebelstände von den Parlamenten, Kammern, Reichs- und Landtagen und wie die Versammlungen ähnlicher Staatskörper sonst heißen mögen — mit Ungeduld erwartet wird. — Es ist daher in jeder Hinsicht höchste Zeit, daß die Regierungen in Wort und That bezeigen, daß sie das Möglichste gethan haben, und auch ferner zu thun bereit sind, um die politische Reform oder Verbesserung der politischen Zustände ihrer Länder, im Einverständnisse mit ihren Völkern und deren Vertretern, je eher vorzunehmen, zu ordnen, auch möglichst bald und glücklich zu Stande zu bringen. —

Diese allgemeine Schilderung des jetzt herrschenden Zeitgeistes findet ihre Anwendung auch auf die politischen Zustände unseres Vaterlandes, mögen wir nun dieses im weitern Sinne auf den ganzen Komplex der Länder und Völker, die gegenwärtig in dem erblichen österreichischen Kaiserstaate zu einem Ganzen vereinigt sind, oder im engern Sinne hinsichtlich des Hauptgegenstandes der hier abzuhaltenden Vorträge, auf das Königreich Ungarn insbesondere, beziehen. — Es wird wohl Niemanden von uns hier unbekannt sein, daß die erste Grundlage der politischen Union Ungarns mit den österreichischen Erbländern schon vor drei bis vier Jahrhunderten gelegt worden sei, jedoch die nähere staatsrechtliche Bestimmung dieses Verbandes erst nach und nach hauptsächlich durch die sogenannte pragmatische Sanktion Kaiser Karl's VI. vom Jahre 1713, bezüglich Ungarns 1723, so wie später durch die ungarischen Reichstags-Beschlüsse vom Jahre 1741: 1. 2. 8. 1791: 3. 10. 12. 13. 14.; ferner durch die Erhebung der österreichischen Monarchie zu einem Erbkaiserthum unter Kaiser Franz II. im Jahre 1804; endlich in der neuesten Zeit durch die Reichs-Verfassung v. 4. März 1849, und nach einem Dezennium darauf durch die kaiserlichen Patente vom 20. Oktober 1860 und 26. Februar 1861 ihren vollen Ausdruck — wenn gleich hinsichtlich Ungarns bis zur Stunde noch nicht mit dem gewünschten Erfolge — gefunden habe. — Denn nach den unseligen Wirren der Jahre 1848/9 wollte es trotz aller Bemühungen und politischen Experimente der österreichi-

schen Staats-Regierung nicht gelingen, eine glückliche Lösung der für den Kaiserstaat so wichtigen ungarischen Frage bis jetzt herbeizuführen; wahrscheinlich weil man erst nach und nach die Ueberzeugung gewonnen hat: daß dieß ersehnte Ziel weder durch bloße Gewalt, noch auch durch überstürzte politische Experimente oder einseitige Konzessionen, sondern im Wege einer loyalen gegenseitigen Verständigung, unter dem mildernden Einfluße der Zeit und einer ruhigen, versöhnlichen, freundlichen Uebereinkunft beiderseits zwar minder schnell, aber desto sicherer erreicht werden dürfte. — Und da es nun einmal der feierlich und laut ausgesprochene Wille unseres erhabenen Monarchen ist, daß alle Völker des österreichischen Kaiserstaates, der den deutsch-slavischen Erbländern unlängst zu Theil gewordenen echt repräsentativen, Staatsverfassung und der ferner daraus zu erwartenden Vortheile theilhaftig werden mögen: so dürften wohl auch die bisher so bedächtig in dieser Hinsicht vorgehenden Ungarn nicht zu lange säumen, um diesem hochherzigen Wunsche auch ihrerseits möglichst bald zu entsprechen und denselben zur vollen Geltung zu bringen. — Ja, Ungarn wird berufen werden — wir können es zuversichtlich erwarten — seine ehrenvolle Stelle unter den österreichischen Ländern und Völkern wieder einzunehmen, und die ihm innerhalb der Reichs-Verfassung zustehenden Rechte — unbeschadet seiner relativen Autonomie — mit Ehren auszuüben; sobald dieß nur ohne Gefährdung der von einer höhern Nothwendigkeit so gebotenen Reichs-Einheit der Gesammt-Monarchie Oesterreichs geschehen kann, und sobald dießseits und jenseits der Leitha die bisher so aufgeregten Gemüther etwas zur Ruhe und zu einer bessern Einsicht und Ueberzeugung gelangen, um jene Hindernisse aus dem Wege zu räumen, die diesem allgemein ersehnten Ziele und Wunsche feindselig und hindernd bisher entgegen standen. —

Indessen, bis diese Erwartung und Hoffnung in Erfüllung gehen dürfte, ja — um die Realisirung dieses Zweckes auch mit Beihilfe der Wissenschaft möglichst zu erleichtern, und gleichsam anzubahnen, da die neuere Gesetzgebung und Verfassung Oesterreichs und seiner Kronländer und Ungarns insbesondere zum Theil wenigstens auf die ältern historischen Zustände und Rechte basiren muß, deren nähere Kenntniß daher nicht nur nicht überflüßig, vielmehr nützlich — ja sogar zum Theil als nothwendig erscheint:

so hat man sich höhern Orts bewogen gefunden, die in der letztern bewegten Zeit unterlassenen Vorträge über das Staatsrecht des Königreiches Ungarn auch an der hiesigen Hochschule, an der so manche hoffnungsvolle Söhne dieses Landes ihre rechts- und staatswissenschaftliche Studien zu machen oder zu vollenden pflegen, wieder vornehmen zu lassen, und zwar durch einen Veteran dieses Lehrfaches, dem — in Anbetracht seines vieljährigen öffentlichen Wirkens im höhern Unterrichtsfache, so wie mehrerer nicht unrühmlichen literarischen Leistungen auf dem bei uns früher so bedenklichen Gebiete des öffentlichen Rechtes, weder die Berechtigung und Fähigkeit, noch das dazu erforderliche Vertrauen auf seine Wahrheits- und Vaterlandsliebe, so wie auch die dazu nöthige Besonnenheit, Mäßigung und Klugheit abgesprochen oder versagt werden dürfte; der übrigens aber auch seine Pflicht und die Wichtigkeit der ihm zu Theil gewordenen so ehrenvollen Aufgabe in ihrem ganzen Umfange zu würdigen weiß, wohl einsehend, daß — je lebendiger und reiner der jugendliche Geist der Leitung eines bewährten Lehrers zu vertrauen, und dessen ernsten Worten in und außer dem Hörsaale zu lauschen pflegt, je rascher sich die jugendlichen Gefühle echter Vaterlandsliebe in den jungen Gemüthern entflammen, desto mehr Aufforderung auch für den Lehrer vorliege, zu verhüten, daß diese reine Flamme der Begeisterung, die nur die Wahrheit das Recht hat anzufachen und zu erwecken, nie an Betrug und Täuschung, welch' immer Art, unnütz und unwürdig verschwendet oder gar vergeudet werde.

Während ich nun meinerseits dieser heiligen Pflicht stets eingedenk sein zu wollen, öffentlich hiemit angelobe, sei es mir erlaubt, hier zugleich im Interesse der akademischen Jugend und hauptsächlich meiner jungen Commilitonen aus der Heimat den gegenseitigen Wunsch auszusprechen: daß auch in Ihnen, meine Herren! auf welchen die schönsten Erwartungen und Hoffnungen der künftigen Generationen unseres Vaterlandes beruhen, dieselbe höhere und edlere Richtung des Geistes erweckt, und Sie nicht nur für die Sorge der gemeinen niedern materiellen Bedürfnisse des Lebens mittelst der sogenannten Brod-Studien befähigt und gewonnen, sondern auch für die höhern Interessen und Zwecke der Menschheit — schon während der Zeit Ihrer gegenwärtigen geistigen Vorbildung begeistert und thatkräftig angeregt werden, um in Ihrem künftigen höhern Wirkungskreise des öffentlichen

Lebens alles das anzuſtreben und zu erreichen, was eine richtige Welt- und Lebens-Anſicht als den ſchönſten Beruf eines edlen Menſchenlebens preiſt, nämlich das Wirken Jener, die der wahren und ewigen Gerechtigkeit dienen und huldigen, indem ſie deren Herrſchaft durch alle Kreiſe des öffentlichen und Privatlebens der Menſchen auf der ganzen Erde rein und kräftig zu erhalten, zu handhaben und ſtets weiter zu fördern und auszubreiten für ihren Beruf und ihre Pflicht erkennen.

Um Sie nun — meine Herren! für dieſe höhere Anſicht Ihres künftigen Berufes möglichſt zu gewinnen, zu begeiſtern, und in dieſer gehobenen Stimmung durch die uns hier eröffnete Vorhalle des öffentlichen Rechts in das innere Heiligthum des Tempels der Themis, der Sie von nun an zu dienen gedenken, würdig einzuführen, ſei es mir geſtattet: nach einer kurzen an Ihr noch unverdorbenes jugendliches Gemüth zu richtenden Paräneſe — nur eine ſummariſche, mehr objektiv gehaltene Betrachtung über die hohe Idee der Gerechtigkeit, und den Einfluß, den die Wiſſenſchaft auf die Realiſirung derſelben im Staate ausübt, folgen zu laſſen, die uns in den Stand ſetzen ſoll, den weitern Vorträgen dieſes Kollegiums mit Aufmerkſamkeit, und jenem Intereſſe zu folgen, deſſen ein ſo wichtiges Fachſtudium an ſich, und hinſichtlich unſerer gegenwärtigen politiſchen Zuſtände — von einem ſo gewählten und wißbegierigen Auditorium — auch würdig befunden werden dürfte. Favete! —

Um das oben angedeutete ſchöne und erhabene Ziel Ihres künftigen Berufes einmal wirklich zu erreichen, haben Sie, meine Herren! ſo wie alle jungen Kandidaten der Rechts- und Staatswiſſenſchaften, vor Allem und insbeſondere ſich in Acht zu nehmen vor dem Peſthauche der von einem der erſten Coriphäen der Rechts- und Staatswiſſenſchaften in unſerm Jahrhunderte (Anſ. Feuerbach) ſo benannten gemeinen Juriſterei jener Zunftgenoſſen und Staatskünſtler, die das Recht als blos poſitive willkürliche Satzung — ohne eine vernünftige, auf der edlern Natur des Menſchen beruhende Baſis — losgetrennt von Moral und Religion und jedem höhern Aufſchwung des Geiſtes, durch bloßen Zwang und rohe Gewalt geltend gemacht — daher auch die Rechtskunde nur als ein todtes, poſitives Gedächtniß-Material — die Rechtspflege bis zu den höhern und höchſten Kreiſen der Po-

litik und Diplomatie nur als eine Praktik von Kniffen und Pfiffen, die Rechtswissenschaft nur als eine bornirte pedantische Fakultäts-Gelahrtheit mit dem obligaten Haarbeutel der Rococozeit, oder der Allonge-Perrücke eines britischen Clerk, oder gar nur als Rüst- und Werkzeug für Recht und Unrecht gleich gut zu gebrauchen sich vorstellen; endlich das Volk nur als eine durch ihre Treiber in Ordnung zu erhaltende vernunft- und willenlose Heerde, den Staat als eine Zucht- und Zwangs-Anstalt, dessen Regierung als eine todte Maschinerie, und ihre Minister und Beamten, so wie sich selbst, nur als blinde Werkzeuge und Räder derselben anerkennen wollen. —

Ferne sei es von Ihnen, meine Herren! so wie von allen echten Freunden der Rechts- und Staatswissenschaften, diese und ähnliche Grundsätze einer niedrigen, nur zur gemeinen Rabulisterei und politischen Chalatanerie führenden, eigentlich aber nur den gröbsten materiellen Interessen fröhnenden Gesinnung billigen, oder denselben je in Ihrem künftig so mannigfaltigen Wirkungskreise, sei es als Rechts- und Staatsgelehrten, Gesetzgeber und Richter, Anwälte und Notare, oder als Volksvertreter, öffentliche Lehrer, Staats- und Munizipal-Beamten jeder Art ꝛc. auf irgend eine Weise huldigen zu wollen. — Stellen Sie sich vielmehr jene alten echt römischen juristischen Klassiker und die denselben in der neuern Zeit ähnlichen Rechtsgelehrten und Staatsmänner als Musterbilder vor die Augen, die stets das Recht in seinem innigen Zusammenhange mit den sämmtlichen Lebens- und Kulturverhältnissen des Menschen auffaßten, selbst in der traurigsten Periode des Sittenverfalls und allgemeiner Knechtschaft unter den römischen Imperatoren noch immer an den alt-römischen Ehren- Sitten- und Freiheits-Grundsätzen festhielten, ihre Kunst als „artem justi boni et aequi," ihre Wissenschaft als verschwiestert mit allem wahrhaft Wissenswürdigen, und was nur in der menschlichen Natur edel und schön ist und gut, daher auch den menschlichen Geist erhebt, adelt und begeistert — und sich selbst nur als Anhänger dieser wahren Lebensweisheit, als Verehrer und geweihte Priester der Göttin Themis oder der göttlichen Idee der Gerechtigkeit ansahen; ganz im Geiste jener gewichtigen Worte des berühmten Hugo Grotius: „qui sancta sumis arma civilis togae — cui se reorum capita, civium

fortunae, decus ac salus reipublicae tutanda credunt — nomini tuo praesta fidem. — Tu Juris Sacerdos!“ —

Nach dieſer herzlichen, an Ihr beſſeres Selbſt gerichteten und vorausgeſchickten Warnung, die in Ihrer jugendlichen Bruſt einen treuen Widerhall für Ihr ganzes Leben finden möge! — laſſen Sie uns nun eine kurze Betrachtung über die hohe Idee der Gerechtigkeit, und den Einfluß, den die Wiſſenſchaft auf die Realiſirung derſelben im Staate ausübt, vom objektiven Standpunkte aus — anſtellen, die Sie, meine Herren! in den Stand ſetzen ſoll, Ihre künftige, eben ſo ehrenvolle als wichtige Stellung im praktiſchen Leben um ſo beſſer auffaſſen und würdigen zu können. —

Der letzte Zweck, das höchſte Ziel aller Rechts- und Staatswiſſenſchaften, hiemit auch jener ſtaatsrechtlichen Vorträge, mit denen wir uns in dieſem Kollegium von Neuem zu beſchäftigen gedenken — iſt: die Gerechtigkeit. — „Gerechtigkeit — um Ihnen dieſe hohe Wahrheit mit den eigenen Worten des oben rühmlichſt erwähnten großen Rechts- und Staatsgelehrten unſerer Zeit noch näher an's Herz zu legen — ein Name, auszuſprechen mit jenem Gefühle der Ehrfurcht, womit allein das Höchſte und Heiligſte von ſterblichen Lippen genannt werden darf — Sie — die Staatengründerin — die Alles Erhaltende — die Beſchützerin des menſchlichen Geſchlechts — und Alles deſſen, was der Menſchen Kraft an Wahrem, Gutem und Nützlichem erſtreben und erlangen mag. Sie, als innere Vollkommenheit die Erſte, ohne welche keine andere (ſelbſt im Begriffe des höchſten Weſens) zu denken iſt — die ſchon der älteſte helleniſche Dichter (Heſiod in ſeinem Tagewerk v. 277 ꝛc.) als der Güter Größtes, das der Himmel dem ſterblichen Menſchen, um ihn von dem Thiere zu unterſcheiden, verliehen, als die erſte aller Tugenden pries — als Ordnerin der äußern Verhältniſſe des Lebens — die höchſte ehrwürdigſte Gewalt, welcher alles Andere ſich dienend unterwerfen muß, — durch welche alles Haben und Beſitzen, jede andere Anſtalt, jede noch ſo glänzende Einrichtung, deren ſich Staaten und Völker rühmen mögen, gleichſam erſt geweiht und geheiligt werden muß — wenn nicht alle dieſe Herrlichkeit — als ein halb weſenloſes Gut in Staub zerfallen ſoll. — — Nicht mit Unrecht hat daher einer der erſten Dichter Deutſchlands dieſe Gedanken in die erhebenden Worte gefaßt:

„Gerechtigkeit
Heißt der kunstreiche Bau des Weltgewölbes,
Wo Alles Eines — Eines Alles hält,
Wo mit dem Einen Alles steigt und fällt."
Schiller in s. Demetrius.

Es ist Ihnen, meine Herren! schon aus der Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften*) zur Genüge bekannt, daß Rechtssicherheit und Wohlfahrt die beiden höchsten Zwecke alles Staaslebens, folglich auch die Hauptaufgabe der Rechts- und Saatswissenschaften keine andere sei, als zu zeigen, wie diese beiden höchsten Zwecke des Staatslebens nach den ewig giltigen Forderungen der Vernunft auch in der Wirklichkeit realisirt werden können! — Also das anerkannt Eine Allgemeine und Nothwendige, ohne welches keine sociale Gemeinschaft unter den Menschen möglich, kein bürgerlicher Verein, kein Staat, selbst nicht in der Idee zu denken wäre, ja die Hoheit, womit ehe noch Staaten wurden, die Natur schon ihren ersten König, den Hausvater und Patriarchen, ausgerüstet; — das heilige Band, welches im Staate den freien Bürger unter seinen Fürsten und Obrigkeiten, den in der Wüste schweifenden Beduinen unter seinem Emir, selbst den morgenländischen Sklaven unter seinem Despoten zu Pflicht und Gehorsam einigt, — die Gottheit, welche Menu's Gesetz dem Indier als die große Freundin nennt, die ihn von der Wiege bis zum Grabe geleitet und bewacht, wenn alle andern Wächter schlafen, — die höchste Pflicht, zu welcher selbst der bluttriefende asiatische Eroberer Timur sich bekannte, die treu gegen die Seinen erfüllt zu haben er von sich selbst als den größten

*) Da die meisten der bekannten encyklopädischen Werke dieser Art, ungeachtet ihrer vielfachen Vorzüge hinsichtlich der Jurisprudenz und Politik im Allgemeinen, dennoch auf den bisherigen und gegenwärtigen Zustand dieser Wissenschaften bei uns, d. h. in Oesterreich und Ungarn, insbesondere zu wenig Rücksicht genommen: suchte der Verfasser auch diesem ihm kundgewordenen Bedürfnisse seiner damaligen Zuhörer dadurch gerecht zu werden, daß er sich trotz aller Ungunst der Umstände zur Abfassung eines eigenen, diesen Anforderungen mehr entsprechenden deutschen Hand- oder Lehrbuches entschloß, welches auch unter dem Titel: Encyklopädie und Methodologie des juridisch-politischen Studiums — oder der gesammten Rechts- und Staatswissenschaften — mit Beziehung auf den gegenwärtigen Zustand dieser Wissenschaften in Oesterreich und Ungarn insbesondere ꝛc. in derselben Universitäts-Buchdruckerei in Ofen im J. 1852 zwei Abth. in einem Bande, Groß-Oktav, S. XVI und 470 stark, erschien.

Beweis seiner Regenten-Größe noch auf dem Todesbette rühmte, — was selbst die ruchlosesten Menschen, als: Diebe, Räuber, Banditen und Mörder unwillkürlich zwingt, in ihren ruchlosen Vereinen zu dieser Autorität einigermaßen ihre Zuflucht zu nehmen, wenn sie nicht wie Spreu sogleich auseinanderstäuben wollen — dieses Eine Allgemeine, bei dessen Namen jede Brust freier athmet, jeder Geist sich erhebt und höher fühlt — es ist die hohe Idee der Gerechtigkeit und jener Gewalt, durch welche sie im Staate besteht und geltend gemacht wird; so daß wohl nicht mit Unrecht an dem Hauptthore unserer Residenz die goldene Inschrift prangt: „Justitia regnorum fundamentum“ die derselbe oben erwähnte Lieblingsdichter der deutschen Nation noch näher in folgenden eben so goldeswerthen Worten umschreibt:

„Ja,
Es ist die große Sache aller Staaten
Und Throne: daß geschehʼ, was Rechtens ist,
Und Jedem auf der Welt das Seine werde. (Suum cuique)
Denn da, wo die Gerechtigkeit regiert,
Da freut sich Jeder sicher seines Erbes —
Und über jedem Hause, jedem Throne
Schwebt der Vertrag (oder das Gesetz) wie eine Cherubs-Wache.
Schiller in s. Tell.

Es liegt also auch, unabhängig von aller positiven Gesetzgebung, in der menschlichen Natur und unserem innersten Selbstbewußtsein die letzte Quelle aller Rechte, das Gesetz der Vernunft — vorzugsweise auch das Rechtsgesetz genannt — ewig, wie die Vernunft selbst, frei von dem Wechsel der Erfahrung, das Gesetz aller Gesetzgeber, und aller Gesetzgebungen ewige Norm. — Aber diese Norm muß, um in's Leben zu treten, erst auf die empirischen Verhältnisse des Menschen angewendet, durch eine über jeden Zweifel erhabene, alle Subjektivitäten überragende Autorität im Staate festgesetzt und äußerlich geltend gemacht werden. — Dieß ist nun das positive Recht, und die wissenschaftlich geordnete Darstellung des durch positive Gesetze begründeten, und in einem bestimmten Staate für giltig anerkannten Rechtes heißt die positive Rechtswissenschaft, die, wie bekannt, nach den zwei Hauptverhältnissen der Menschen im Staate in ein inneres und äußeres oder sogenanntes Staats- und Staaten- oder Völkerrecht, und jenes wieder in das öffentliche oder Staats- und Privat-Recht der Einzelnen — nebst einigen beson-

dern, aus den beiden letztern gemiſcht hervorgehenden Unterarten — zerfällt.

Zur Realiſirung aller dieſer Arten von Rechten ſind Anſtalten im Staate nothwendig, in welchen die hohe Idee der Gerechtigkeit gleichſam verkörpert erſcheint, durch welche ſie die Staaten erhält, die Bürger ſichert. — Das ſind die Geſetze und die Gerichte im Staate. — Jene, als lebende Organe der Gerechtigkeit, durch den Mund ihrer Vertreter, der Geſetzgeber im Staate, haben das ihrem Schutze anvertraute Heiligthum des Rechtes treu zu bewahren und zu verkünden; dieſe hingegen Jedermann davon zuzuerkennen, was ihm gebührt. — Beide ſind alſo mit der höchſten Gewalt im Staate, die in ihnen und durch ſie wirkt und handelt, unzertrennlich Eins. — Die Formen, unter welchen die Gerechtigkeit gepflegt und ausgeübt wird, ſind nach Ort und Zeit verſchieden, veränderlich und wandelbar, je nachdem es die Kulturzuſtände und andere empiriſchen Umſtände des Staates erfordern. — Demungeachtet iſt und bleibt die Gerechtigkeit an und für ſich überall nur Eine und dieſelbe, gleich in ihren Forderungen, wie in ihren Pflichten. — Sie iſt und bleibt die Grundlage jedes Staates, der Schlußſtein, der deſſen Mauern hält, die Hauptſäule, die ſein Gewölbe trägt. — So lange noch dieſe Tragwerke unverſehrt auf feſtem Grunde aufrecht ſtehen, wären gleich die übrigen Bauwerke etwas ſchadhaft: ſo lange iſt das Gebäude eines Staates noch wohlbeſtellt. — Denn wenn in einem Organismus das Herz noch in kräftiger Geſundheit ſchlägt — (und das Herz des Staatskörpers iſt ja die Gerechtigkeit) — da kann von der Quelle des Lebens heraus jedes äußere Gebrechen leicht herausgeſtoßen und das Uebel noch geheilt werden; — aber wenn der Krebs einmal am Herzen nagt, oder — um nicht in Gleichniſſen zu ſprechen — wenn die Herrſchaft des Unrechts oder Unverſtandes, oder gar jene der bloßen Willkür bis in das Heiligthum der Gerechtigkeit gedrungen iſt, wenn der Geiſt des gründlichen Forſchens und Wiſſens aus den Hallen der Wiſſenſchaft, der wärmende und erleuchtende Geiſt der Gerechtigkeits- und Wahrheitsliebe aus den Gerichtsſälen, wenn das edle, durch den Gedanken an die Größe und Heiligkeit ſeines Berufes emporgetragene Selbſtbewußtſein in dem Gemüthe der Volksvertreter, Geſetzgeber und Richter erſtorben, wenn nichts als der wandelnde Leichnam einer in kalter Routine ſich bewegenden Lohn- und Frohn-Maſchine

zurückgeblieben, wenn wohl gar jener unparteiſche Rechtsſinn — ohne welchen kein Prieſter der Themis ſeinem Berufe je würdig entſprechen kann — einer ſchnöden Parteilichkeit, Habſucht, Feigheit, oder gar in höhern Kreiſen einer zaghaften Höfelei und gefällig herumſchleichenden Augendienerei gewichen iſt: dann — dann erſt iſt der Grund des Staatsgebäudes untergraben, dann ſind die Tragſäulen gebrochen, dann bedarf es nur eines leichten Anſtoßes, und — der prunkende Bau ſtürzt in ſeinen Trümmern zuſammen!“ —

Um den Staat von dieſem traurigen Loſe und die lebendigen Organe der Gerechtigkeit von der hier erwähnten Ausartung zu ſchützen, ſoll und muß die Wiſſenſchaft auftreten, und an der Hand der Erfahrung, doch mit der hochleuchtenden Fackel der Vernunft, die ganze Bahn der Rechtsgeſetzgebung, der Verfaſſung und Verwaltung des Landes beleuchten, um alle Mängel und Fehler derſelben zu erkennen, ſolche mit ſteter Berückſichtigung der empiriſchen Zuſtände möglichſt zu verbeſſern, das Fehlende zu ergänzen und die auf dieſem Gebiete oft vorkommenden Gegenſätze zwiſchen der Theorie und Praxis auf's Beſte zu vermitteln. — Denn es iſt das dringendſte Poſtulat bei der Pflege der Rechts- und Staatswiſſenſchaften, daß auf ihrem Gebiete jene beiden Faktoren ſtets in harmoniſcher Eintracht zu demſelben Ziele zuſammenwirken, ſich nie anfeinden, ſondern vielmehr gegenſeitig ſtets einander ergänzen und unterſtützen. — Denn

Keine poſitive Geſetzgebung iſt an und für ſich vollendet oder vollkommen — kann es auch nicht ſein — jede iſt mehr oder weniger entfernt von dem Ideale, welches ihr durch das Vernunftgeſetz, als das letzte Ziel ihres Strebens, vorgehalten wird. — Zeigt uns dieß nicht in tauſend Beiſpielen die Geſchichte der poſitiven Geſetzgebung aller Völker der alten und neuern Zeit? — Wie oft iſt nicht das ſchreiendſte Unrecht durch poſitive Geſetze zum Recht erhoben, das Recht zum Unrecht geſtempelt, Barbarei geheiligt, dagegen Vernunft, Moral, Religion, Humanität geſchändet und mit Füßen getreten worden? wie dieß auch ſchon die bekannte Aeußerung des großen Staatsredners Cicero (l. I. de leg. 15) mit den Worten bezeugt: „Jam veto stultissimum est, existimare: omnia justa esse, quae scita sunt in populorum institutis aut legibus etc. (s. positivis) — daher ſoll auch jeder Rechts- und Staatsgelehrte, ja jeder gebildetere Staatsbürger in ſeinem

Wirkungskreise dahin wirken und streben in Wort und That, daß die positive Gesetzgebung seines Staates in fortschreitender Bildung sich immer mehr dem Vernunft-Ideale vollendeter Gerechtigkeit nähere, daß sie als Auslegerin der Vernunft den Sinn ihrer ewigen Gesetze immer richtiger erfasse, in immer größerer Reinheit darstelle, und in das wirkliche Leben mit Berücksichtigung der empirischen Zustände und Verhältnisse desselben auch wirklich einführe. —

Dieß ist nun die hohe Aufgabe der Rechts- und Staatswissenschaften oder der Politik, insbesondere vom positiven Standpunkte aus betrachtet, dieß der hohe Beruf des Rechtsgelehrten, Gesetzgebers und Staatsmannes, der hier zugleich als Diener des Positiv- und Vernunftgesetzes erscheint. Derselbe wird diesem seinem Berufe untreu, wenn er die Heiligkeit des Einen in der Idee, oder die Heiligkeit des Andern in der Wirklichkeit auf irgend eine Art verletzt. — Als Mensch und philosophischer Denker kann und mag er in seinem Innern über die positiven Gesetze und Institutionen seines Landes denken und urtheilen, wie es seine innere Ueberzeugung erheischt, aber als Staatsbürger in der Wirklichkeit ist und bleibt er als treuer Unterthan an die positiven Gesetze seines Landes gebunden, so lange sie rechtmäßig bestehen — er ist sowohl im Gewissen, als vor dem äußern Gesetze verpflichtet, solche zu achten und ihnen zu gehorchen, wenn er auch an ihrer Hand etwas später zu dem hohen Ziele gelangen sollte, den ihm die Vernunft im Gebiete des Ideals als möglich aufstellt. — Schön und sinnig hat der schon oben erwähnte Lieblingsdichter Deutschlands diese praktische und inhaltsschwere Maxime der Vernunft und Politik — die wir so oft auch in dem ungarischen Staatsrechte in Anspruch zu nehmen Gelegenheit finden werden — in folgenden Zügen anschaulicher dargestellt:

„Mein Sohn! laß uns die alten engen Ordnungen — (d. i. die positiven Gesetze unseres Landes)
Nicht gering achten! — Köstlich' — unschätzbare
Gewichte sind's, die der bedrängte Mensch
An seiner Dränger raschen Willen band. —
Denn immer war die (bloße) Willkür fürchterlich! —
„Der Weg der Ordnung (der Gesetzlichkeit), ging' er auch durch Krümmen,
Er ist kein Umweg. — G'radaus geht nur der Blitz (wie der ihm gleiche starre Rechtsbegriff),

zurückgeblieben, wenn wohl gar jener unparteiſche Rechtsſinn — ohne welchen kein Prieſter der Themis ſeinem Berufe je würdig entſprechen kann — einer ſchnöden Parteilichkeit, Habſucht, Feigheit, oder gar in höhern Kreiſen einer zaghaften Höfelei und gefällig herumſchleichenden Augendienerei gewichen iſt: dann — dann erſt iſt der Grund des Staatsgebäudes untergraben, dann ſind die Tragſäulen gebrochen, dann bedarf es nur eines leichten Anſtoßes, und — der prunkende Bau ſtürzt in ſeinen Trümmern zuſammen!“ —

Um den Staat von dieſem traurigen Loſe und die lebendigen Organe der Gerechtigkeit von der hier erwähnten Ausartung zu ſchützen, ſoll und muß die Wiſſenſchaft auftreten, und an der Hand der Erfahrung, doch mit der hochleuchtenden Fackel der Vernunft, die ganze Bahn der Rechtsgeſetzgebung, der Verfaſſung und Verwaltung des Landes beleuchten, um alle Mängel und Fehler derſelben zu erkennen, ſolche mit ſteter Berückſichtigung der empiriſchen Zuſtände möglichſt zu verbeſſern, das Fehlende zu ergänzen und die auf dieſem Gebiete oft vorkommenden Gegenſätze zwiſchen der Theorie und Praxis auf's Beſte zu vermitteln. — Denn es iſt das dringendſte Poſtulat bei der Pflege der Rechts- und Staatswiſſenſchaften, daß auf ihrem Gebiete jene beiden Faktoren ſtets in harmoniſcher Eintracht zu demſelben Ziele zuſammenwirken, ſich nie anfeinden, ſondern vielmehr gegenſeitig ſtets einander ergänzen und unterſtützen. — Denn

Keine poſitive Geſetzgebung iſt an und für ſich vollendet oder vollkommen — kann es auch nicht ſein — jede iſt mehr oder weniger entfernt von dem Ideale, welches ihr durch das Vernunftgeſetz, als das letzte Ziel ihres Strebens, vorgehalten wird. — Zeigt uns dieß nicht in tauſend Beiſpielen die Geſchichte der poſitiven Geſetzgebung aller Völker der alten und neuern Zeit? — Wie oft iſt nicht das ſchreiendſte Unrecht durch poſitive Geſetze zum Recht erhoben, das Recht zum Unrecht geſtempelt, Barbarei geheiligt, dagegen Vernunft, Moral, Religion, Humanität geſchändet und mit Füßen getreten worden? wie dieß auch ſchon die bekannte Aeußerung des großen Staatsredners Cicero (l. I. de leg. 15) mit den Worten bezeugt: „Jam veto stultissimum est, existimare: omnia justa esse, quae scita sunt in populorum institutis aut legibus etc. (s. positivis) — daher ſoll auch jeder Rechts- und Staatsgelehrte, ja jeder gebildetere Staatsbürger in ſeinem

Wirkungskreise dahin wirken und streben in Wort und That, daß die positive Gesetzgebung seines Staates in fortschreitender Bildung sich immer mehr dem Vernunft-Ideale vollendeter Gerechtigkeit nähere, daß sie als Auslegerin der Vernunft den Sinn ihrer ewigen Gesetze immer richtiger erfasse, in immer größerer Reinheit darstelle, und in das wirkliche Leben mit Berücksichtigung der empirischen Zustände und Verhältnisse desselben auch wirklich einführe. —

Dieß ist nun die hohe Aufgabe der Rechts- und Staatswissenschaften oder der Politik, insbesondere vom positiven Standpunkte aus betrachtet, dieß der hohe Beruf des Rechtsgelehrten, Gesetzgebers und Staatsmannes, der hier zugleich als Diener des Positiv- und Vernunftgesetzes erscheint. Derselbe wird diesem seinem Berufe untreu, wenn er die Heiligkeit des Einen in der Idee, oder die Heiligkeit des Andern in der Wirklichkeit auf irgend eine Art verletzt. — Als Mensch und philosophischer Denker kann und mag er in seinem Innern über die positiven Gesetze und Institutionen seines Landes denken und urtheilen, wie es seine innere Ueberzeugung erheischt, aber als Staatsbürger in der Wirklichkeit ist und bleibt er als treuer Unterthan an die positiven Gesetze seines Landes gebunden, so lange sie rechtmäßig bestehen — er ist sowohl im Gewissen, als vor dem äußern Gesetze verpflichtet, solche zu achten und ihnen zu gehorchen, wenn er auch an ihrer Hand etwas später zu dem hohen Ziele gelangen sollte, den ihm die Vernunft im Gebiete des Ideals als möglich aufstellt. — Schön und sinnig hat der schon oben erwähnte Lieblingsdichter Deutschlands diese praktische und inhaltsschwere Maxime der Vernunft und Politik — die wir so oft auch in dem ungarischen Staatsrechte in Anspruch zu nehmen Gelegenheit finden werden — in folgenden Zügen anschaulicher dargestellt:

„Mein Sohn! laß uns die alten engen Ordnungen — (d. i. die positiven Gesetze unseres Landes)
Nicht gering achten! — Köstlich' — unschätzbare
Gewichte sind's, die der bedrängte Mensch
An seiner Dränger raschen Willen band. —
Denn immer war die (bloße) Willkür fürchterlich! —
„Der Weg der Ordnung (der Gesetzlichkeit), ging' er auch durch Krümmen,
Er ist kein Umweg. — G'radaus geht nur der Blitz (wie der ihm gleiche starre Rechtsbegriff),

Schnell auf dem nächſten Wege langt er an,
Macht ſich zermalmend Platz — um zu zermalmen — (was uns zugleich an die Wahrheit des römiſchen Rechtsſpruches mahnt: Summum jus summa injuria — d. h.: auch das höchſte Recht — zu ſtarr feſtgehalten oder auf die Spitze getrieben — wird zum Uebel oder Unrecht).

Hingegen
„Die Straße, die der (kluge) Menſch befährt,
Worauf der Segen wandelt, dieſe folgt
Der Flüße Lauf, der Thäler freien Krümmen,
Umgeht das Weizenfeld, den Rebenhügel,
Des Eigenthums gemeſſ'ne Grenzen ehrend! —
So führt ſie ſpäter — aber ſich'rer zum Ziel!"
Schiller in ſ. Piccolomini I. 4.

Auch läuft bei dieſer politiſchen Maxime weder die Vernunft, noch das Wohl der Menſchheit irgend eine Gefahr. — Denn da die Vernunft — nach der Aeußerung einer gewichtigen Stimme unſerer Zeit — das Realſte auf Erden iſt, und wenn alles Andere Wahn, hingegen das, was die Vernunft lehrt und gebietet, Wahrheit iſt — ſo wird und muß früher oder ſpäter doch erfüllt werden, was die Vernunft gebietet; ganz im Sinne jenes franzöſiſchen Spruches: „La raison finira, par avoir raison!" —

Auf dieſem Wege, auf dieſe Art und Weiſe — zu dem hier angezeigten Ziele wollen wir nun, meine Herren! im Laufe dieſes Studien-Semeſters wandeln, wollen rüſtig in den heute hier begonnenen Betrachtungen über das ungariſche Staatsrecht fortſchreiten, und mit vereinten Kräften uns bemühen, das hier bereits angedeutete hohe Ziel zum Wohle unſeres Vaterlandes im engern und weitern Sinne des Wortes auch möglichſt zu erreichen.

Ich ſchließe mit dem Wunſche, der in der Bruſt jedes biedern und wohlgeſinnten Oeſterreichers und Ungars gleichen Anklang finden wird, daß bei der nun bald bevorſtehenden Löſung der ſo dringenden ungariſchen Frage, in dem oben bezeichneten Geiſte einer gegenſeitigen loyalen Verſtändigung, mit möglichſter Schonung der nationellen und lokalen Zuſtände des Landes — vorgegangen; doch zugleich jedes zu ſtarre Feſthalten an unhaltbaren Grundſätzen oder wohl gar nur Vorurtheilen, ſo wie jedes unedle Gefühl von Rivalität, Argwohn und Mißgunſt möglichſt vermieden; die bei einer ſolchen Verhandlung unerläßlich von beiden Seiten nöthigen Zugeſtändniſſe, bevor ſie etwa noch durch die

Macht gebieterischer Umstände erzwungen würden, im Wege einer freundlichen Uebereinkunft erzielt werden mögen, — daß wir uns ferner in jedem Falle vor dem unaufhaltsam fortrollenden Wagen des Zeitgeistes weiter fördern, nicht aber im ohnmächtigen Widerstreben und Entgegenstemmen einer unwiderstehlichen Riesenkraft zermalmen lassen, — daß endlich das schöne Ungarn mit seiner glorreichen Aristokratie, welche so viele Jahrhunderte hindurch mit starkem Arme Europa vor dem Joche der Barbarei und des Korans schützte, noch lange in zeitgemäßer Reform den gleichfalls zeitgemäß wieder hergestellten Thron des legitim-konstitutionellen österreichischen Herrschers umgebe — unter der Aegide einer freisinnigen Verfassung und Regierung — mit den Bruder-Völkern Oesterreichs Hand in Hand auf der Bahn immer höherer Kultur, Freiheit und Wohlfahrt fortschreitend, sich wechselweise unterstützend und helfend; damit die Bestimmung des österreichischen Kaiserstaates als einer zur Sicherung des europäischen Gleichgewichtes; in der Mitte zwischen dem Osten und Westen Europa's nothwendigen Zwischenmacht, zugleich einer Säule der Ordnung und Erhaltung gegen jede Willkür und Anarchie — nach dem Plane Dessen, der die Länder und Völker in seiner Hand trägt — so vollständig als möglich in Erfüllung gehe! —

Dixi! —

IV.

Fragmente aus einem System des österreichischen Obligationenrechtes.

Vom Herrn Professor Dr. Joseph Unger in Wien.

Wenn nicht alle Zeichen trügen, so wird die Herrschaft unseres bürgerlichen Gesetzbuches vom Jahre 1811 auf dem Gebiete des Obligationenrechtes nicht mehr gar lange währen. Die Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse hat so eben den aus 427 Artikeln bestehenden allgemeinen Theil des Obligationenrechtes, wie er aus den in erster Lesung gefaßten Beschlüssen hervorgegangen ist, zur Veröffentlichung gebracht. So gerechte Bedenken man nun auch immer gegen gar manche Bestimmungen dieses Entwurfes haben mag, so steht doch zu hoffen, daß durch die vereinten Bemühungen der Kritik und der Kommission so wie durch das bereitwillige Entgegenkommen der Bundesregierungen allmälig ein Gesetzeswerk werde geschaffen werden, welches den Forderungen des Verkehrs wie der Wissenschaft zu entsprechen und der deutschen Nation zur Ehre zu gereichen vermag. So viel steht übrigens für Jeden, der auch nur Einen der neueren Entwürfe über Obligationenrecht zur Hand genommen hat, schon jetzt fest, daß das neue Gesetz sich von unserem jetzigen bürgerlichen Gesetzbuche materiell und formell in den wichtigsten Punkten unterscheiden wird. Hierin mögen Jene eine Genugthuung finden, welche gegenüber den laudatoribus temporis acti und den unbedingten Lobrednern und Bewunderern unseres bürgerlichen Gesetzbuches als eines unübertrefflichen Meisterwerkes den Standpunkt der freimüthigen Kritik und der unbefangenen Würdigung eingenommen haben.

Bei dieser Lage der Dinge wird jeder gewissenhafte Schriftsteller, der mit den Schwierigkeiten einer systematischen Arbeit bekannt ist, wenig Lust verspüren, ein System des österreichischen Obligationenrechtes auf der Basis der gegenwärtigen Gesetzgebung zu vollenden und zu veröffentlichen. Dagegen mag es nicht unzweckmäßig scheinen, einzelne Partieen des jetzigen Obligationenrechtes herauszuheben und sie dogmatisch und kritisch darzustellen. Auf der einen Seite mag man dadurch zur Lösung der einen und andern praktisch wichtigen Frage noch manches Nützliche beitragen, auf der anderen Seite aber durch Andeutung der schadhaften Punkte die Gemüther auf die bevorstehenden Aenderungen vorbereiten und sie williger machen, das Neue aufzunehmen.

Von diesen Erwägungen geleitet, habe ich mich entschlossen, aus dem zum größeren Theile vollendeten Systeme eines österreichischen Obligationenrechtes, wie es in meinem Pulte liegt, die eine und die andere Partie in Lehrbuchsform zu veröffentlichen. Doch muß ich dabei zu meiner Verwahrung ausdrücklich hervorheben, daß mir meine zahlreichen nächsten Berufsgeschäfte nicht gestatten, die letzte Hand an diese vor ungefähr zwei Jahren geschriebenen Partieen zu legen. Ich muß daher bitten, diese Fragmente nicht blos in äußerlicher Beziehung als bloße Bruchstücke und Bausteine anzusehen und an sie nicht den Maßstab einer in sich abgeschlossenen Leistung anzulegen. Es sind Studien, die ich veröffentliche. Und wenn ich auch recht gut weiß, daß man seine Studien nicht vor dem Publikum machen soll, so ist es doch wohl gestattet, zu dem gemeinsamen sich immer mehr vertiefenden Studium eines positiven Rechtes, wenn gleich in fragmentarischer Weise, das Seinige beizutragen.

I.

Schadenersatz[1].

Die Verpflichtung zum Schadenersatze, welche durch Rechtsgeschäft, unerlaubte Handlung oder unmittelbar in Folge allgemeiner Rechtsvorschrift begründet sein kann, besteht in der Verbindlichkeit zur Ausgleichung des Nachtheiles, den Jemand an seinem Vermögen erlitten hat[2]. Dieser Nachtheil kann in der Minderung des Vermögens um einen darin schon enthaltenen Bestandtheil (positiver Schade, damnum emergens), oder in dem Entgange einer Vermögensvermehrung bestehen,

Ersatz des ganzen Interesse — mit einem dem preußischen Landrechte (I 6 §. 7) entlehnten, eben nicht empfehlenswerthen Ausdrucke — „Genugthuung", „volle Genugthuung" genannt. §. 1323 a. b. G. B.; westgal. Gesetzbuch III §. 419. Die Worte „Tilgung der verursachten Beleidigung" im §. 1323 a. b. G. B. sind unklar (vgl. §. 1339) und jedenfalls irrelevant. Zeiller III S. 757. Stubenrauch III S. 547. 548. Vergl. A. L. R. 6 §§. 8. 9. Der Ausdruck „aller Schaden" (omne damnum L. 26 D. de leg. III. omnis jactura L. 19 i f. C. de test. 4. 20), wie er sich z. B. in den §§. 204. 248 findet, kann, wenn man nicht in Widerspruch mit dem §. 1293 gerathen will, nur den positiven, nicht auch den negativen Schaden umfassen; vergl. auch §§. 202. 335. Ist schon diese Terminologie unpassend, so ist es noch viel mehr der im §. 1311 gebrauchte zweifelhafte Ausdruck „aller Nachtheil". Vgl. Wächter Entw. S. 116. 117.

[4] Das Wort „Interesse" findet sich im Register zum bürgerl. Gesetzbuche, wird aber dort im subjektiven Sinne und unter Berufung auf §. 912 (übereinstimmend mit Glück IV S. 432) zu eng als „Alles, was Andern daran liegt, daß die Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt worden ist", definirt, während es doch in diesem Sinne vielmehr Alles begreift, was jemand in vermögensrechtlicher Beziehung daran liegt, daß ein Umstand nicht eingetreten oder nicht ausgeblieben ist, für den ein Anderer einstehen muß (quanti interest frui, vi dejectum non esse, moram factam non esse, hominem sisti, rem venditoris fuisse etc.), also objektiv aufgefaßt den ganzen positiven und negativen Schaden (L. 13 pr. D. cit. 46. 8 ... quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui. L un. C. cit. 7. 47 .... hoc non solum in damno sed etiam in lucro ... quia et ex eo Veteres id quod interest statuerunt). Das Interesse ist ein Begriff von bestimmtem Inhalt und Umfang, während der Begriff Schadenersatz allgemeiner und in den angegebenen Beziehungen näherer Bestimmung bedürftig ist. Mommsen, S. 27 fg. Worin das Interesse in concreto bestehe, hängt von der Beschaffenheit des einzelnen Falles ab: L. 24 D. de R. J. Quatenus cujus intersit, in facto non in jure consistit. — Ueber die unpassende Eintheilung des Interesse in interesse commune, singulare, conventum vgl. System I §. 47 Note 16. Mommsen §. 3 Note 6. Nußbaumer §. 3.

[5] In diesem Falle ist der Umfang der Ersatzpflicht durch Interpretation des Vertrages (cf. L. 38 §. 2. L. 81 pr. D. de V. O. 45. 1) oder der letztwilligen Verfügung zu ermitteln: eine allgemeine Regel, wonach im Zweifel das Interesse (Mommsen S. 60. 61) oder nur der gemeine Sachwerth (Vangerow III §. 571 Anmerk. 3) zu erstatten sei, läßt sich wohl nicht aufstellen.

[6] Diese in theilweiser Uebereinstimmung mit der älteren Jurisprudenz (Glück IV S. 447; über diese Ansicht, welche sich selbst noch bei Göschen Vorles. §. 396 und Koch Recht der Forder. I S. 310 findet, vgl. auch Schömann II S. 91 fg. Hänel §. 74) und dem preußischen Landr. (I 6 §. 10 fg. I 5 §. 285 fg. Koch I §§. 28. 29) getroffene Bestimmung ist entschieden zu mißbilligen, da hienach „bei der Bemessung des zu leistenden Schadenersatzes statt auf den Umfang des erlittenen

Vermögensnachtheiles auf das subjektive Moment der Verschuldung gesehen (vgl. westgal. G. B. III §. 422), also der civilrechtliche Standpunkt mit dem strafrechtlichen verwechselt wird". System II §. 102 Note 1. 23. „Erwägt man, daß durch die Leistung des Interesse dem Gläubiger kein Vortheil zugewendet, sondern nur ein Nachtheil von ihm abgewendet wird, da auch der entgangene Gewinn ein Nachtheil ist, so ist in der That kein Grund vorhanden, im Falle einer (geringeren) Verschuldung den Gläubiger mit einem geringeren Aequivalent als dem (ganzen) Interesse abzufinden; eine schonende Rücksichtnahme auf den Schuldner würde hier eine Ungerechtigkeit gegen den Gläubiger sein." Mommsen S. 71. Nimmt man das bei Anm. 8 Ausgeführte hinzu, bedenkt man, daß in manchen Fällen der Schade nur im Entgange eines Gewinnes bestehen kann (z. B. l. 3 §. 10 .. 13 D. de tab. exhib. 43. 5), erwägt man ferner, daß der Gläubiger, der seine Forderung des ganzen Interesse auf dolus oder culpa lata des Schuldners stützt, diesen Charakter der Verschuldung beweisen muß (l. 18 §. 1 D. de prob. 22. 3), so wird man nicht leugnen können, daß durch die Bestimmungen des (westgal. und) bürgerl. Gesetzb. der berechtigte Ersatzanspruch des Verletzten in empfindlicher Weise verkümmert und in seiner Realisirung erschwert wird.

[7] Es ist überhaupt nur für jenen Schaden Ersatz zu leisten, welcher mit der zum Ersatze verpflichtenden Thatsache in Causalnexus steht (System II §. 100 Nr. 1), wobei es einerseits darauf ankommt, daß der entstandene Nachtheil vom Verletzer bei Anwendung gehöriger Sorgfalt vorhergesehen werden konnte (cf. L. 7 §. 5 D. ad leg. Aquil. 9. 2), andererseits aber die Ersatzpflicht hinwegfällt, wenn der Schade auch ohne die Rechtsverletzung in Folge eines anderweitigen Umstandes eingetreten wäre. L. 27 § 2. L. 79 D. de R. V. 6. 1. L. 36 §. 3 D. de H. P. 5. 3. L. 45 D. de O. et A. 44. 7. L. 11 §. 3 D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 4 D. de impens. 25. 1. L. 21 D. de her. vend. 18. 4. L. 10 §. 1 D. de leg. Rhod. 14. 2. Mommsen §. 15 ... 17. Windscheid S. 540 fg. Nußbaumer §§. 5. 6. In Ansehung des positiven Schadens kann es nicht bezweifelt werden, daß, so weit der Causalzusammenhang reicht, nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Nachtheil ersetzt werden muß, wie dieß denn auch in dem freilich vielfach verfehlten §. 932 vorgeschrieben wird, und eben so in anderen Fällen (z. B. §§. 945. 1331. 1332) zu beobachten ist. Was den entgangenen Gewinn anbetrifft, so kommt zwar jeder Vortheil in Anschlag, den der Verletzte nach seinen individuellen Verhältnissen ehrbarer Weise (ex causa honesta, L. 33 D. de R. V. L. 11. 71 §. 1 D. de furt. 47. 2) hätte ziehen können, natürlich aber nur jener, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Sicherheit zu erwarten war, nicht auch ein solcher, der bloß zufälliger Weise hätte gemacht werden können. Deshalb kann der Fischer, dessen Netze beschädiget wurden, zwar eine Entschädigung für diese Beschädigung, nicht aber einen Ersatz für die Vortheile verlangen, welche ihm durch die gestörte Benützung der Netze zum Fischfang entgangen sind: cum incertum fuerit an pisces caperentur. L. 29 §. 3 D. ad leg. Aquil. Daß der ungewisse Ertrag eines Fischzuges dennoch geschätzt wird, wenn er den Gegenstand eines Kaufes bildet und der Verkäufer sich weigert, die Netze zu werfen (L. 12 D. de A. E. V.), erklärt sich daraus, daß hier eben die

spes, die bloße Möglichkeit, den Gegenstand des Vertrages ausmacht. L. 11 §. 18 eod. L. 8 D. de C. E. 18. 1. Unbefriedigend ist m. E. die Erklärung, welche Mommsen S. 190 Note 290 S. 257 gibt, dem Windscheid S. 548. 561 beistimmt. Nur diesen Sinn haben die Worte „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" im §. 1293 a. b. G. B. (vergl. A. L. R. I 6 §. 5. 6), welche also nicht etwa eine Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse ausschließen sollen, denen vielmehr das Gesetzbuch selbst an manchen Stellen Beachtung zu Theil werden läßt: §. 335. 995. 1325 fg. Ueber das röm. Recht und insbesondere über die Stellen der Note e, welche zu der verwirrenden Eintheilung des Interesse in direktes und indirektes, damnum circa rem und extra rem, Anlaß gegeben hat, vergl. Glück IV S. 440 fg. Mommsen §§. 17. 24 ... 26. Nußbaumer §. 9. Bangerow §. 571 Anm. 3. Arndts §. 206 Anm. 3. 4. — Im Einzelnen kann es oft schwierig sein, die Grenze des Causalzusammenhanges mit sicherer Hand zu ziehen und zu bestimmen, ob ein Schade, welcher nicht unmittelbar durch die zum Ersatz verpflichtende Thatsache, sondern erst durch Vermittelung anderer Thatsachen herbeigeführt wurde, dem Verletzer zuzurechnen sei oder nicht. Vgl. §§. 965. 1311 a. b. G. B. Wenn nach L. 52 pr. D. ad leg. Aquil derjenige, der einen Sklaven verwundet, nicht für den Tod desselben zu haften hat, falls dieser durch schlechte ärztliche Behandlung herbeigeführt wurde, so erklärt sich dieß daraus, daß zwar die ärztliche Behandlung Folge der Beschädigung ist, daher auch der Verletzer die Kosten derselben tragen muß, daß diesem aber doch die Beschaffenheit und der Ausgang jener Behandlung nicht imputirt werden kann: der Sklave ist nicht den Wunden (L. 30 §. 4 eod. 9. 2), sondern der schlechten Behandlung erlegen: sonst müßte der Beschädiger etwa gar auch für den Casus einstehen, der den Sklaven auf dem Weg zu oder von dem Arzt trifft! Man haftet eben nur für die Folgen seiner Handlung, das ist für Alles, was *aus* ihr folgt, nicht für Alles, was *auf* sie folgt. Unrichtig Winiwarter IV. S. 551. Stubenrauch III S. 510 Nr. 4. Eben so einfach erklärt sich die auf richtiger Begrenzung des Causalzusammenhanges beruhende Entscheidung der L. 22 §. 4 D. rat. rem 46. 8: der Nachtheil, für welchen der verus procurator einzustehen hat, besteht lediglich in der Führung, nicht in dem unverschuldeten Ausgange des zweiten Prozesses. Unbefriedigend scheinen mir die Erklärungen von Mommsen S. 160 fg. und Windscheid S. 544 fg., verkünstelt die zu einem unrichtigen Resultat führende Erklärung von Demelius in den Jahrb. f. Dogm. V S. 69 fg. — Eine Beschränkung der Interesseforderung auf ein gewisses Maß, um übermäßigem Anschlag vorzubeugen, wie sie das gemeine Recht in Folge der wunderlichen Vorschrift Justinian's L. un. C. de sentent. 7. 47 kennt (Bangerow §. 571 Anm. 4. Mommsen §. 21. Nußbaumer §. 18), besteht nach österr. Rechte nicht.

[8] Diese Bestimmung läßt sich gleichfalls nicht billigen, da auch sie auf einer Verwechslung des zivilrechtlichen Standpunktes mit dem strafrechtlichen beruht. System I S. 376. II §. 102 Note 1. 23. Auch wird sie unter Umständen (z. B. in den Fällen der L. 22 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9 2. §. 10 J. eod. 4. 3. Gaj. III §. 212) zu dem leidigen Resultate führen, daß der mittelbare Schade (Anm. 7) doch wieder nicht ersetzt zu werden braucht. Die Verpflichtung zum Ersatze des Affektionswerthes insbesondere enthält den inneren Widerspruch, daß ein Schade,

der gar kein Vermögensnachtheil ist, und daher eine vermögensrechtliche Schätzung nicht zuläßt, dennoch zu Geld veranschlagt und ausgeglichen werden soll (System I S. 377. Vangerow III S. 49. 50. Mommsen S. 122 fg. Windscheid S. 538 fg. Nußbaumer S. 6 fg.): sie könnte somit eigentlich nur als Strafe angesehen werden: dieser Standpunkt wird aber nicht konsequent festgehalten.

[9] Die Lehre von der eidlichen Selbstschätzung des Schadens (Schätzungseid) ist im Prozeßrechte darzustellen. A. G. O. §. 214 fg. Ungar. C. P. O. §. 273 fg.

[10] Ueber den Einfluß von Zeit und Ort auf die Schätzung vergl. Savigny VI §. 275. 276. Büff im civ. Arch. XXXIII. 5. 10. Mommsen §. 19. 20. Der einmal begründete Ersatzanspruch wird durch später eintretende nachtheilige oder vortheilhafte Ereignisse nicht gemindert oder aufgehoben: ex postfacto non decrescit obligatio. a) L. 27 §. 2 D. de R. V. 6. 1. L. 7 §. 4. D. quod vi 34. 24. L. 50 pr. D. de furt. 47. 2. L. 5 §. 4. L. 6 D. de servo corr. 11. 3. L. 55 D. de pecul. 15. 1. b) L. 16. §. 2. L. 57 §. 1. D. de evict. 21. 2. L. 44 §. 2 D. de aed. ed. 21. 1. L. 12 §. 1 D. si quis caut. 2. 11. Gegen die Ansicht Mommsen's S. 202 fg., daß dieß im heutigen Rechte anders sei, hat sich mit Recht Windscheid S. 549 fg. erklärt.

II.

Zinsen.

Zinsen sind ein nach Verhältniß des Betrages und der Zeitdauer bestimmtes Maß einer Quantität, welches jemand als Vergütung für den entbehrten Gebrauch einer gleichartigen Quantität vertretbarer Sachen gebührt. Die Zinsverbindlichkeit setzt eine Hauptschuld voraus, deren Gegenstand in vertretbaren Sachen, insbesondere Geld (§§. 984. 993) [a] besteht (Kapital, Hauptstock, Hauptgeld) [1]. Die Zinsen erscheinen als juristische Frucht [b] des Kapitals [2], indem die Zinsenforderung als aus der Hauptforderung hervorgehend betrachtet wird.

Die Zinsverbindlichkeit kann begründet werden durch Rechtsgeschäft, sowohl durch letztwillige Verfügung [c], als insbesondere durch Vertrag (§. 994, daher vertragsmäßige Zinsen); in manchen Fällen verbindet sich jedoch kraft allgemeiner Rechtsregel die Zinsverbindlichkeit schon von selbst mit einer Geldschuld [3] (s. g. gesetzliche Zinsen, §. 995) [4]. Die Zinsschuld ist ein accessorischer Bestandtheil der Hauptschuld; es kommen daher die aus dem Verhältniß von Haupt- und Nebenschuld sich ergebenden Grundsätze zur Anwendung [5]. Obwohl aus der Hauptforderung hervorgehend, besteht die Zinsforderung dennoch in manchen Fällen formell als besondere Obligatio [d] und kann dann mit-

[a] L. 121 D. de V. S. L. 23. 26 §. 1 C. de usuris. 4. 32. [b] L. 34 D. de usuris etc. 22. 1. L. 121 cit. System I S. 469. [c] L. 3 §. 6 D. de annuis leg. 33. 1. [d] L. 1 C. de judic. 3. 1.

telst selbstständiger Zinsklage, je nachdem die Zinsen fällig werden, geltend gemacht werden, so bei bedungenen Zinsen und bei Verzugszinsen (§. 1333); doch verjährt der Anspruch auf die einzelnen Zinsraten in der Regel[6] schon in drei Jahren[7] vom Zeitpunkte ihrer Fälligkeit an[e], während das Recht auf bedungene Zinsen überhaupt durch dreißigjährigen Nichtgebrauch verloren geht (§. 1480). In anderen Fällen dagegen bildet die Zinsforderung nur eine Erweiterung der ursprünglichen Obligatio, so daß sie nicht außerhalb derselben für sich besteht und daher nur mit der Klage aus der Hauptschuld[f] geltend gemacht werden kann[8]. Die bedungenen Zinsen sind in der Regel bei Rückzahlung des Kapitals, wenn aber die Zinsverbindlichkeit auf mehrere Jahre eingegangen wurde, in Ermangelung sonstiger Verabredung jährlich zu entrichten (§. 997).

Die Höhe der zu leistenden Zinsen bestimmt sich, falls die Zinsverbindlichkeit durch Rechtsgeschäft begründet ist, durch die innerhalb der gesetzlichen Grenze getroffene Festsetzung (§. 993); fehlt es an einer näheren Bestimmung über das Zinsenmaß, so sind die höchsten erlaubten Vertragszinsen zu entrichten (§. 994)[9]. Die Höhe der gesetzlichen Zinsen ist in der Regel auf 4 Prozente für 1 Jahr bestimmt (§. 995)[10].

In Ansehung der Zinsverbindlichkeiten bestehen folgende gesetzliche Beschränkungen: 1. Der Zinsfuß soll bei bedungenen Zinsen in der Regel nicht mehr als 6 Prozent, und falls ein Pfand bestellt wurde, höchstens 5 Prozent jährlich betragen (§. 994)[11]. 2. Zinsen von Zinsen sollen nicht genommen[g] werden[12], doch können zweijährige und noch ältere Zinsenrückstände mittelst Uebereinkunft als abgesondertes Kapital verzinst werden (§. 998)[13]. 3. Die Summe der rückständigen nicht eingeklagten Zinsen soll nicht höher als bis zum Betrage der Hauptschuld[h] anwachsen[14]; von Zeit der Klaganstellung[i] an jedoch beginnt der Zinsenlauf von Neuem (§. 1335)[15]. 4. Zinsen sollen bei der Hingabe des Kapitals im vorhinein höchstens auf ein halbes Jahr vorabgezogen werden[k]; die über dieses Maß vorweggenommenen Zinsen sind vom Kapital abzurechnen, so daß nur die über den halbjährigen Zinsenbetrag wirklich gegebene Summe als Kapital zu betrachten ist (§. 997)[16].

Die Verletzung dieser Vorschriften ist Zinswucher (§. 100)[17]. Rechtsgeschäfte, durch welche sie offen oder verdeckt (§§. 916. 1071.

[e] L. 7 § 6 C. de praescript. 30 vel 40 annor. 7. 39. [f] cf. l. 13 C. h. t. L. 4. C. depos. 4. 34. L. 49 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. [g] L. 29 D. h. t. L. 28. C. h. t. L. 26 §. 1 D. de cond. indeb. 12. 6. L. 27 D. de re judic. 42. 1. L. 2 §. 5 D. de admin. rer. 50. 8. [h] L. 26 §. 1 D. cit. L. 10. 27 §. 1 C. h. t. [i] System II §. 128 I 5. [k] cf. l. 26 §. 1 C. h. t.

1336)[l] übertreten werden, sind ungiltig und erzeugen in so weit keinen Rechtsanspruch[m] (§§. 993. 996)[18]. Zahlung gesetzwidriger Zinsen vermindert von selbst die Hauptschuld (arg. §. 997. Wucherpat. §. 31), und begründet, wenn diese schon getilgt ist[n], ein Rückforderungsrecht[19].

Anm. [1] Durch die Voraussetzung einer Hauptschuld unterscheiden sich die Zinsen von den Renten (§§. 530. 687. 1284 fg. a. b. G. B.), denen eine Forderung auf das Hauptgeld nicht entspricht (nov. 160 c. 1 .... magis reditui annuo, quam solutioni usurarum similis), eine Unterscheidung, die besonders in Ansehung der gesetzlichen Zinsbeschränkungen, welche bei Renten nicht stattfinden, wichtig ist (nov. 160 cit. Walter deutsch. Pr. R. §. 268); durch die Beschaffenheit der Sache, für deren Gebrauch die Vergütung zu entrichten ist, von sonstigem Entgelt für Gebrauchsüberlassung, z. B. dem Mieth- und Pachtgeld, was in derselben Hinsicht von praktischer Bedeutung ist (cf. L. 17 §. 4 D. h. t. 22. 1). — Bei einer Hauptschuld, deren Gegenstand unvertretbare Sachen sind, können nur dann Zinsen vorkommen, wenn der geschuldete Gegenstand zu Geld veranschlagt ist (L. 25 C. h. t. L. 8 C. si cert. pet. 4. 2. cf. L. 3 § 4. L. 17 §. 8 D. h. t. 22. 1. L. 5 pr. D. de oper. publ. 50. 10), vorausgesetzt, daß dieß überhaupt rechtlich zulässig ist (§. 991 a. b. G. B.). Besteht das für den gewährten Gebrauch einer Quantität vertretbarer Sachen zu leistende Entgelt nicht oder nicht blos in einer Quote des Kapitals, so sind die bedungenen „Nebenschuldigkeiten" („Nebenvortheile"), wofern eine solche Verabredung überhaupt giltig ist (§. 1372 a. b. G. B., Hfdkt. v. 24. Dezemb. 1816, Michel II Nr. 1256), vice usurarum (L. 14. 17 C. h. t. L. 11 §. 1 D. de pignor. 20. 1) und den gleichen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen. §§. 996. 1336 a. b. G. B. §. 10 lit. a Wucherpat. v. 2. Dez. 1803.

[2] Eine bei den heutigen Valutaverhältnissen wichtige Folge dieses Verhältnisses enthält §. 999 a. b. G. B.; vgl. hiezu Hfdkt. v. 27. Dez. 1811, Michel II Nr. 1255. Unrichtig ist die Motivirung dieser gesetzlichen Bestimmung in dem Anm. 1 angeführten Hfdkt. v. 24. Dez. 1816.

[3] Der Satz, daß Zinsen „unmittelbar aus dem Gesetz" gebühren, ist (trotz der Einwendungen Weber's Versuche über das Civilrecht S. 237 fg.) in seiner positiven Fassung unrichtig (System II §. 72 Note 8): die richtige negative Ausdrucksweise enthält §. 995 a. b. G. B. — Kraft allgemeiner Rechtsregel tritt die Verbindlichkeit zur Zinszahlung blos bei Geldschulden ein, indem die Möglichkeit jederzeitiger zinsbarer Benutzung nur bei Geld anzunehmen ist (Savigny VI §§. 268. 269): diese Regel ist für Verzugszinsen ausdrücklich anerkannt durch Hfdkt. v. 18. Jän. 1842 Anh. Nr. 75. — Eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit tritt ein: a) wegen Verzugs in Bezahlung einer Geldschuld (Verzugszinsen) §. 1333

[l] L. 44 D. h. t. L. 13 §. 26 D. de A. E. V. 19. 1. [m] L. 9 pr. L. 20. 29 D h. t. L. 26 §. 1 C. h. t [n] L. 26 pr. §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. L. 18. 26 §. 1 C. h. t. cf. l. 102 §. 5 D. de solut. 46. 3.

a. b. G. B.; ein Zinsprivilegium des Fiscus und der Minderjährigen (L. 17 §§. 5. 6. L. 43 D. h. t. L. 87 §. 1 D. de leg. II. L. 3 C. in quib. caus. 2. 41) findet nach österr. Rechte eben so wenig statt, als eine gesetzliche Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des Kaufpreises von der Zeit der Uebergabe des Kaufgegenstandes (L. 13. §§. 20. 21 D. de A. E. V. 19. 1. L. 5 C. eod. 4. 49); vgl. aber jetzt noch H. G. B. Art. 289; b) wegen unbefugter Verwendung fremden oder gemeinschaftlichen Geldes zu eigenem Nutzen (L. 1 §. 1 D. h. t. L. 60 pr. D. pro socio 17. 2. L 10 §. 3 D. mand. 17. 1. L. 7 §. 4. 12 D. de admin. tut. 26. 7. L. 38 D. de neg. gest. 3. 5. Fritz Erläut. III S. 25 fg.) wie überhaupt im Falle doloser Aneignung fremden Geldes: arg. §. 335; c) wegen pflichtwidriger Nachlässigkeit in der Verwaltung fremden oder gemeinschaftlichen Vermögens, also wegen Nichtverwendung des fremden Geldes zu fremdem Nutzen (L. 13 §. 1. L. 17 §. 7 D. h. t. L. 24 C. h. t. L. 19. §. 4. L. 31 §. 3. L. 37 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. L. 7 §§. 3. 11. 13. L. 10. 15. 58 §. 1 D. de adm. tut. 26. 7), arg. §§. 228. 235. 1009. 1039. 1190; d) im Falle der Verpflichtung zur Erstattung der Geldauslagen, somit in Folge Verwendung des eigenen Geldes zu fremdem Nutzen (L 37 D. h. t. L. 12 §. 9 D. mand. L. 1 C. mand. 4. 35. L. 19 §. 4. D. de neg gest. L. 18 C. eod 2. 19. L. 67 §. 2 D. pro soc. 17. 2. L. 3 §. 1. 4 D. de contr. tutel. act. 27. 4) arg. §§. 1014. 1036. 1037. H. G. B. Art. 290. Das Eigenthümliche der gesetzlichen Zinsverbindlichkeit besteht in den angeführten Fällen nicht in der Verpflichtung zur Zinsenzahlung überhaupt, welche vielmehr aus allgemeineren Rechtsgrundsätzen entspringt, sondern in der gesetzlichen Annahme, daß die zinsbare Benutzung des Geldes zu jeder Zeit möglich sei, also in der gesetzlichen Statuirung und Taxirung des Interesse, wonach der Berechtigte in diesen Fällen nicht erst den Beweis zu führen braucht, daß er das geschuldete Geld einstweilen hätte gegen Zinsen austhun können, während er bei anderen Schulden die Leistung und Höhe seines Interesse beweisen muß und zur Führung dieses Beweises auch bei Geldschulden berechtigt und verpflichtet ist, wenn er mehr als die gesetzlichen Zinsen beanspruchen will (cf. L. 37. D. h. t. L. 12 §. 9 cit.) Ueber die Fälle der gesetzlichen Zinsverbindlichkeit spricht sich das bürgerl. Gesetzbuch, abgesehen von den Verzugszinsen (§. 1333), nicht näher aus, wie denn überhaupt die Lehre von den Zinsen nur gelegentlich in dem Hauptst. vom Darlehen behandelt wird. Es ist daher Sache der Theorie, diese Fälle zu ermitteln und festzustellen. Doch wird diese Aufgabe gewöhnlich nicht gehörig erfüllt, indem einerseits die Fälle b. c. d. gänzlich mit Stillschweigen übergangen oder gar in Abrede gezogen werden (so von Nippel VI S. 272. 273 in Ansehung des Falles lit. b in Widerspruch mit Zeiller III S. 256. 195, der jedoch S. 195 mit Unrecht §. 994 statt §. 995 citirt), und andererseits Fälle gesetzlicher Zinsverbindlichkeit angeführt werden, die es in der That nicht sind. So gehören die (von Winiwarter IV S. 201 und Stubenrauch III S. 198 angeführten) §§. 947. 954. 514 a. b. G. B. nicht hieher, da es sich in den beiden ersten Fällen um jährliche Renten, und im Falle des §. 514 um ein jährliches Entgelt für die vermehrte Nutzung der res usufructuaria handelt: der Ausdruck „gesetzliche Zinsen" ist in diesen Paragraphen nur gebraucht, um die Höhe der jährlichen Leistung zu bestimmen.

[4] Durch die längere Zeit hindurch geleistete Zinszahlung wird weder eine Entstehung der Zinsverbindlichkeit oder gar der Kapitalschuld durch Verjährung bewirkt (cf. L. 7 C. h. t.), wie man aus Mißverständniß der L. 6 pr. D. h. t. früher häufig angenommen hat (System II §. 104 Note 56), noch wie nach gemeinem Rechte (H. Keller in Sell's Jahrb. III 5) eine Rechtsvermuthung für die Existenz der Zinsverbindlichkeit begründet; selbst auf eine stillschweigend übernommene Verbindlichkeit, für die Zukunft Zinsen zu zahlen, wird man aus einer längeren im Bewußtsein der Nichtverpflichtung fortgesetzten Zinszahlung nur unter ganz besonderen Umständen schließen können, arg. L. 47 D. de O. et A. 44. 7. Keller S. 220 fg. — Eine civilrechtlich wirksame Anstands- oder Liebespflicht (Naturalobligation im weiteren Sinn) zur Bezahlung von Zinsen besteht nach österr. Recht nicht: der Schuldner kann daher im Fall irrthümlicher Zahlung nicht geschuldeter Zinsen das Gezahlte zurückfordern. (Ueber das gemeine Recht: L. 62 pr. D. de condict. indeb. 12. 6 vergl. Vangerow I §. 76 Anm. 2. Arndts §. 341 Anm. 2).

[5] System I §. 66. Doch hat der Satz, daß die Zinsschuld ein Accessorium der Hauptschuld ist, nur den Sinn, daß jene ohne diese nicht entstehen, wohl aber bestehen kann, indem mit der Hauptschuld nur der weitere Zinsenlauf aufhört, nicht aber nothwendig auch die schon erwachsene Zinsforderung erlischt. System I §. 66 Note 19. Brinz I §. 104. Darüber, daß mit der Hauptforderung auch die Zinsforderung verjährt (L. 26 pr. C. h. t.) vergl. System I S. 604. II §. 122 Note 7. Durch die längere Zeit geleistete Zinszahlung wird zwar nach gemeinem Recht (L. 6 §. 1 D. h. t. Keller S. 218 fg.), nicht aber nach österr. eine Rechtsvermuthung für die Existenz der Hauptschuld begründet.

[6] Die Zinsen von öffentlichen Schuldverschreibungen aller Art verjähren in sechs Jahren. Fin. Min. Erl. 16. Jänner 1860. R. G. Bl. Nr. 21. Ueber die statutengemäße längere Zinsverjährungsfrist in anderen Fällen vgl. Michel II Nr. 1439. 1440. Stubenrauch III S. 734.

[7] Daß auch auf Verzugszinsen die kürzere Verjährungsfrist des §. 1480 Anwendung finde, ist durch Hfdkrt. 22. Aug. 1836 Anh. 84. Michel II Nr. 1443 ausdrücklich bestimmt. Diese Bestimmung läßt sich aber sicher in keiner Beziehung billigen, da Verzugszinsen die gesetzliche Fixirung des Zeitinteresse sind und daher nur eine Erweiterung der ursprünglichen Obligatio bilden, und da zu einer Begünstigung des säumigen Schuldners keine Veranlassung vorhanden ist, indem solche Zinsen non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur L. 17 §. 3 D. h. t. System I §. 66 Note 41. Koch I S. 132 fg. Die im angeführten Hfdkr. gegebene „Erklärung" (?), daß „die im §. 1480 festgesetzte Verjährungsfrist auch für (Pachtzinse oder Pachtschillinge und für) Verzugszinsen giltig sei," ist um so mißlicher, als man hiernach leicht zu der verkehrten Annahme veranlaßt sein könnte, daß „das Recht selbst" auf Verzugszinsen (oder auf den Pachtschilling) „durch einen Nichtgebrauch von dreißig Jahren verjähre." — Ueber die Verjährung des Rechts auf bedungene Zinsen überhaupt:

System II §. 120 Note 10. Koch I S. 138 fg.; über die Verjährung durch Urtheil zuerkannter Zinsen: System II S. 689 fg. Bei Staatsschulden, deren Rückzahlung sistirt ist, findet eine Verjährung des Rechtes selbst auf das Kapital sowie auf die Zinsen nicht statt. Hfdkrt. 20. Aug. 1817 Anh. 83. Michel II Nr. 1383.

[8] So in den Fällen der Anm. 3 lit. b. c. d., indem der ursprüngliche Anspruch nur durch den hinzukommenden Anspruch auf das in Gestalt von Zinsen auftretende accessorische Interesse erweitert wird, daher denn in diesen Fällen von einer selbstständigen (dreijährigen) Verjährung der Zinsen keine Rede sein kann. Da der Zinsanspruch zum Inhalt der Hauptobligatio gehört, so geht die Hauptklage wie auf den ursprünglichen Gegenstand des Anspruchs, so auf die Zinsen als dessen Erweiterung; sie kann bloß wegen der Zinsen (arg. L. 23 D. de exc. r. j. 44. 2. Keller Litiskont S. 536. 537. Arndts §. 207 Anm. 4), ja dieserwegen selbst nach Tilgung der Hauptschuld noch angestellt werden, da die Obligatio nicht vollständig getilgt ist, so lange ein Theil des Anspruchs unerfüllt bleibt, es müßte denn aus dem Mangel eines Vorbehaltes bei Bezahlung der Hauptschuld auf einen Verzicht auf den Zinsenanspruch zu schließen sein. (In dieser letzteren Beziehung besteht ein praktischer Unterschied zwischen der heutigen und der römischen Behandlung der formell accessorischen Zinsschuld. Note f.)

[9] Anders nach röm. Recht L. 31. 41. §. 2 D. h. t.; doch enthält schon die nov. 136 c. 5 zu Gunsten der Argentarien eine ähnliche Bestimmung, wie der §. 994. — Verspricht jemand „gesetzliche" Zinsen, so sind darunter die gesetzlich erlaubten höchsten Vertragszinsen (usurae legitimae, maximae, gravissimae, cf. L. 4 §. 1 D. de naut. foen. 22. 2. L. 8 C. si cert. 4. 2. Samml. Nr. 170), nicht etwa Zinsen in der Höhe der gesetzlichen (usurae legales) zu verstehen, wie Prochner im Jur. XVI S. 265 fg. und Stubenrauch III S. 198. 199 meinen. — In der vorbehaltlosen Annahme geringerer als der versprochenen Zinsen kann unter Umständen eine stillschweigende Herabsetzung derselben für die Zukunft liegen. L. 5. 8 C. h. t. cf. L. 17 §. 1 D. h. t.

[10] Dieses Maß ist sicher zu nieder gegriffen, da die vertragsmäßigen Zinsen fünf bis sechs Prozent betragen; auch das westgal. Gesetzb. III §. 256 hatte noch fünf Prozent bestimmt, während ältere Gesetze (17. Juni, 30. Okt. 1758, 4. Juli 1792) allerdings nur vier Prozente zubilligten. Unter Handelsleuten und Fabrikanten sind bei einer Handelsschuld sechsprozentige gesetzliche Zinsen zu entrichten. §. 995 a. b. G. B. H. G. B. Art. 287. Für Triest und Fiume sind die „gesetzlichen Verzugszinsen" (wohl überhaupt die gesetzlichen Zinsen) auf sechs Prozent bestimmt. Hfdkr. 21. Nov. 1818 Anh. 67 Michel II Nr. 1254. — „Das Verhältniß der für eine gewisse Zeit zu zahlenden Zinsen zu der Hauptsumme heißt Zinsfuß." Arndts §. 208 Anm. 1.

[11] Die Nationalbank als Hypothekenbank ist an diese Zinsbeschränkung nicht gebunden. Fin. Min. Erl. 21. Okt. 1855 §. 1. Michel II Nr. 1609. —

In Triest und Fiume können auch bei einem gegebenen Unterpfand sechs Prozent bedungen werden. Hfdkr. 21. Nov. 1818 (Anm. 10). Das bloße Versprechen einer Pfandbestellung steht dem Bezug sechsprozentiger Zinsen nicht entgegen, ebensowenig eine anderweitige Sicherstellung. — Vgl. H. G. B. Art. 292.

[12] Es können daher auch von Zinsrückständen weder Verzugszinsen gefordert werden (Samml. Nr. 284, unrichtig Wildner im Jur. XVI S. 227 fg.) noch Prozeß- oder Urtheilszinsen (L. 3 C. de usur. r. j. 7. 54. System II §. 133 Note 16), so unbillig auch diese letztere Bestimmung ist, die denn auch im vorjustinianischen Recht nicht galt (l. un. i. f. C. Theod. de usur. r. j. 4. 19, Schilling Lehrb. §. 245 Note m) und deren Beseitigung sicher zu wünschen wäre; vergl. auch A. L. R. I 11 §. 821. Cod. civ. a. 1154. — Wenn Zinsen einer bestimmten Person gegenüber diesen Charakter nicht haben, so steht das Verbot des Anatocismus einer weiteren Verzinsung nicht entgegen: daher kann der Geschäftsführer, wenn er für den Geschäftsherrn Zinsen eingenommen hat, davon seinerseits Zinsen zu entrichten schuldig werden (L. 10 §. 3 D. mand. L. 7 §. 12. L. 58 §. 1. 4 D. de adm. tut. Anm. 3 lit. b. c.) und wenn er eine verzinsliche Schuld des Geschäftsherrn bezahlt hat, auch von den bezahlten Zinsen seinerseits vom Geschäftsherrn Zinsen fordern: „Schuld zahlen macht Hauptgeld". §. 1358 a. b. G. B. arg. L. 12 § 9 D. mand. L. 37 D. h. t. Nicht entgegen L. 12 §. 6 D. qui potior. 20. 4. — Vgl. H. G. B. Art. 291.

[13] Diese Uebereinkunft, die jedoch nicht im vorhinein in fraudem legis geschlossen werden darf, braucht nicht gerade schriftlich getroffen zu werden, arg. §. 883 a. b. G. B. cf. L. 1 C. h. t. (Nippel VII 1 S. 41. 42. Winiwarter IV S. 205. 206. Ellinger zu 998; a. M. Stubenrauch III S. 203), wenn es gleich gewöhnlich vorkommen mag, daß über den kapitalisirten Zinsrückstand ein Schuldschein ausgestellt und darin Zinsen verschrieben werden: hieraus und aus dem Vorbild des A. L. R. I 11 §. 819. 824. 729 I 5 §. 136 erklärt sich die Ausdrucksweise des §. 998 a. b. G. B., die in diesem Falle ebensowenig buchstäblich zu nehmen ist, wie im Falle der §§. 1236. 665 a. b. G. B. — Ist unter dem Ausdrucke „zweijährige oder noch ältere Zinsenrückstände" die Dauer des Rückstandes einer Zinsenrate (Stubenrauch S. 203) oder die Zahl der ausbleibenden Zinsarten (Nippel S. 41. Winiwarter S. 205) zu verstehen? Doch wol das letztere (arg. §. 1118 a. b. G. B.), daher der Zinsbetrag eines Jahres, wenn er gleich länger als zwei Jahre ausständig ist, nicht kapitalisirt werden kann, wohl aber schon der Rückstand aus den beiden letzten Jahren. (Unverträglich mit einander sind die beiden Positionen a. b. bei Koch I S. 179. 180.) Daß bezahlte Zinsen dem Schuldner wieder verzinslich dargeliehen werden können, versteht sich von selbst. Ueber das röm. Recht L. 28 C. h. t. vgl. Arndts §. 209 Anm. 2.

[14] Ueber das (unpassende) Verbot der Zinsen ultra alterum tantum: Sell in seinem Jahrb. I 2. Das Verbot findet nicht nur bei bedungenen sondern unzweifelhaft (Zeiller S. 772) auch bei gesetzlichen Zinsen statt, in welchem Fall es sich aber wohl um so weniger rechtfertigen läßt (System I §. 66 Note 41), als das österr.

Recht die Vorschrift der l. 1 C. de sententia quae pro eo 7. 47 nicht aufgenommen hat. Die Vorschrift des §. 1335 gilt auch bei Zinsen von Staatsschuldverschreibungen, die auf bestimmte Namen lauten, Hfdkrt. 20. Aug. 1817 Anh. Nr. 83 Michel Nr. 1383, Hfkmdkrt. 27. Sept. 1844 §. 2 Michel Nr. 1386, nicht auch bei gegen Coupons zahlbaren Zinsen der auf Ueberbringer lautenden Staatsschuldverschreibungen, Hfkmdkrt 29. Mai 1845, Michel Nr. 1387. Daß und wie ein Anwachsen der Zinsen bis zur Höhe der Kapitalsschuld trotz der kürzeren Verjährungsfrist des §. 1480 a. b. G. B. möglich sei, erklärt zum Ueberfluß das Hfdkrt. 21. Nov. 1812 Anh. Nr. 80 Michel Nr. 1381. Die bezahlten Zinsen sind in das alterum tantum nicht einzurechnen. Mit dem Erreichen der Kapitalshöhe hört der weitere Zinsenlauf von selbst auf: mit Unrecht meinen Winiwarter IV S. 598 und Stieger im Jur. XVI S. 463 fg., daß die Zinsen fortlaufen und nur ihre Klagbarkeit verlieren. Daß unter der „gerichtlichen Einmahnung" des §. 1335 die Anstellung einer Klage zu verstehen sei, wird mit Recht allgemein angenommen. Zeiller S. 772. Scheidlein Misc. IV §. 105. Nippel VIII 1. S. 221. Zugschwerdt Schadenersatz S. 94. Ellinger zu §. 1335. Stubenrauch S. 564. Da aber jenes Verbot den mit der „gerichtlichen Einmahnung" säumigen Gläubiger treffen soll, so muß die faktische Möglichkeit der Klaganstellung vorhanden sein, damit es im concreten Fall wirksam werde: es wird daher dem ferneren Zinsenlauf nicht entgegenstehen, wenn der Bestohlene den Dieb der Geldsumme nicht kennt. — Vgl. H. G. B. Art. 293.

[15] Die Klage braucht nur auf Bezahlung des den Kapitalsbetrag erreichenden Zinsrückstandes, nicht ausdrücklich auf die Verpflichtung zu fernerer Verzinsung gerichtet zu werden, da diese Wirkung mit der Klageanstellung von selbst eintritt. Ellinger im Jur. XIV S. 143 fg. Wird im Urtheil auch auf künftig verfallende Zinsen erkannt, so laufen auch diese ohne erneuerte Klaganstellung nur bis sie die Höhe des Kapitals erreicht haben (Winiwarter S. 598; unrichtig Nippel 222). Bei Staatsschulden bedarf es zur Erneuerung des Zinsenlaufes keiner Klage, sondern nur einer einfachen neuerlichen Forderung. Hfdkrt. 20. Aug. 1817. Hfkmdkrt. 27. Sept. 1844 §. 3. 5 (Anm. 14). Die Verpflichtung zu fernerer Verzinsung tritt auch dann ein, wenn der bis zur Kapitalshöhe gestiegene Zinsrückstand auf irgend eine Art getilgt ist. Ellinger S. 148. 149.

[16] Gegen die von Blaschke im Jur. V S. 441 fg. vorgeschlagene, von Winiwarter IV S. 204 gebilligte allzu künstliche Ermittlung der bei gesetzwidriger Zinsenanticipation erübrigenden Kapitalssumme, hat sich bereits Stubenrauch III S. 201 Note *** mit Recht erklärt; vgl. auch L. 26 §. 1 cit. verb. nam si quid etc und A. L. R. I 11 §. 815. 816. Da die Zinsenanticipation auch dann auf ein halbes Jahr gestattet ist, wenn der höchste Zinsenfuß vereinbart ist, so ist hiermit dem Gläubiger inconsequenter Weise ein höherer als der sonst erlaubte Zinsenbezug gestattet (vgl. dagegen A. L. R. I §. 817 und Koch I S. 172 fg.). Freiwillige Vorausbezahlung von Zinsen vor der Zeit ihrer Fälligkeit ist auch nach österr. Recht zulässig, falls nicht ein verkleideter Zinswucher darin enthalten ist (Wangerow I §. 77 Anm. 2 Arndts §. 209 Anm. 4), und hat die Wirkung, daß

das Kapital vor Ablauf dieſer Friſt nicht zurückgefordert werden darf. L. 57 pr. D. de pact. 2 14. L. 2 §. 6 D. de dol. mal. 44. 4. cf. L. 122 pr. D. de V. O. 45. 1. Syſtem II §. 85 Note 10. Vertragsmäßig jedoch läßt ſich die Vorausbezahlung der Zinſen immer nur auf ein halbes Jahr im vorhinein bedingen. Dieß iſt doch wohl der Sinn des §. 997 a. b. G. B., der einerſeits von „Abzug" („Vorabzug", Wucherpat. §. 9 lit. d) ſpricht, anderſeits aber die Worte „vom Tag des Abzugs an" enthält, die keinen Sinn haben ohne jene Unterſcheidung, welche wol ſchon durch die Verbindung mit dem erſten Satz des §. 997 und durch die Identität der ratio legis gerechtfertigt iſt, wie es denn auch noch im weſtgal. Geſetzb. III §. 258 hieß: „Vorhinein können Zinſen höchſtens auf ein Jahr bezogen werden." Anderer und unter ſich wieder verſchiedener Meinung: Winiwarter IV S. 204. 205 und Stubenrauch III S. 200. 201.

[17] Daß und unter welchen Vorausſetzungen der Zinswucher ſtrafbar ſei, iſt im Strafrecht darzuſtellen. Art. VI Kundm. Pat. zum Strafgeſetz 27 Mai 1852. Wucherpat. 2. Dez. 1803 §. 9. Michel Nr. 1258. Stubenrauch S. 205.

[18] Es kommt hier die Regel zur Anwendung: utile per inutile non vitiatur. Syſtem II §. 91 Nr. VI. Eine Conſequenz hievon enthält die Beſtimmung des Wucherpat. §. 4, wonach eine Schuldurkunde, in welcher höhere als die geſetzlich erlaubten Zinſen verſchrieben wurden, den öffentlichen Büchern zwar einverleibt werden kann, aber mit rechtlicher Wirkung nur in Anſehung des erlaubten Zinſenmaßes.

[19] Die Rückforderungsklage, welche nicht die condictio indebiti, ſondern die condictio ex injusta causa iſt, findet auch im Falle wiſſentlicher Zahlung geſetzwidriger Zinſen ſtatt, und zwar auch dann, wenn Zinſen ultra alterum tantum freiwillig gezahlt wurden: L. 26 §. 1 cit. (Note n) supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt, et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae. Mit Unrecht wollen Scheidlein Misc. IV. §. 106 Nippel VIII 1 S. 222 und Stubenrauch III S. 565 im letzteren Falle die Rückforderung ausſchließen, während Winiwarter IV S. 598, von ſeinem unrichtigen Standpunkt aus (Anm. 14) und Ellinger zu §. 1335 mit unpaſſender Berufung auf §. 1432 a. b. G. B. das Rückforderungsrecht durchwegs verſagen wollen, wenn Zinſen ultra duplum bezahlt wurden.

III.

Verzug[1].

Das Ausbleiben einer fälligen Leiſtung (Verzug im weiteren Sinne) kann ſchon an und für ſich, vermöge beſonderer Feſtſetzung oder geſetzlicher Beſtimmung (z. B. §§. 1118. 1134. 1135. 1166)

rechtliche Folgen nach sich ziehen. Unter gewissen Voraussetzungen aber bewirkt die Verzögerung einer Leistung kraft allgemeiner Rechtsvorschrift eine Aenderung des betreffenden Schuldverhältnisses. Diese qualificirte Verzögerung der Erfüllung einer Obligatio ist der Verzug (mora) im engern eigentlichen Sinn [2], der sowol auf Seite des Schuldners (mora solvendi) als des Gläubigers (mora accipiendi) vorkommen kann, jenachdem diesem oder jenem zur Last fällt, daß die Leistung nicht rechtzeitig erfolgte.

1. Um den Schuldner in Verzug zu setzen, ist, Klagbarkeit [a] und Fälligkeit [b] der Forderung vorausgesetzt, in der Regel [3] eine in gehöriger Weise [4] geschehene Aufforderung zu sofortiger Erfüllung (Einmahnung, Mahnung, interpellatio) erforderlich [c] (§. 1334 a. b. G. B.) [5]; ist jedoch durch Gesetz oder Privatwillkür ein bestimmter Erfüllungstermin festgesetzt, so wird der Schuldner ohne weitere persönliche Mahnung schon durch den fruchtlosen Ablauf der Erfüllungszeit in Verzug gesetzt (§. 1334) [6]. Unter diesen Voraussetzungen befindet sich der säumige Schuldner jedoch nur dann in Verzug, wenn die Unterlassung der Erfüllung ihm zur Schuld zuzurechnen ist [7]; die nachtheiligen Folgen des Verzugs treffen ihn nicht, wenn er die Verzögerung der Leistung durch hinreichende objektive [8] oder subjektive [9] Gründe zu entschuldigen vermag. Die Folge des Verzugs besteht im allgemeinen in der Verpflichtung des säumigen Schuldners zur Leistung des vollen Interesse, welches der Gläubiger an der rechtzeitigen Erfüllung der Verbindlichkeit hat (§. 912). [d] Insbesondere hat der Verzug die Wirkung, daß der Schuldner durch später eintretende zufällige Unmöglichkeit der Leistung nicht befreit wird [e] und daher für den Zufall haften muß, der den geschuldeten Gegenstand im Fall rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger nicht getroffen hätte [f] (§§. 965. 335. 338) [10]; ferner daß der Schuldner vom Beginn des Verzugs die Früchte (§. 912. 913) [g], welche der Gläubiger im Fall rechtzeitiger Leistung gewonnen hätte [h], sowie den zufälligen durch die geschuldete Sache vermittelten Erwerb [i] (§. 335) zu erstatten

[a] L. 88 D. de R. J. L. 127 D. de V. O. 45. 1. L. 40 D. de R. C. 12. 1. [b] L. 40 §. 3 D. de V. O. [c] L. 32 pr. D. de usuris . . . et mora 22. 1. [d] L. 21 §. 3 L. 31 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. L. 9 §. 8 D. ad exhib. 10. 4 L. 2 §. 8. L. 4 pr. D. de eo quod certo loco 13. 4. L. 26 D. de leg. III. L. 113 §. 1. L. 114 D. de V. O. 45. 1. [e] L. 5 D. de R. C. 12. 1. L. 25 §. 2 D. sol matr. 24. 3. L. 39 §. 1 l. 108 §. 11 D de leg. I. L. 24. 82 §. 1 D. de V. O. L. 95 pr. D. de solut. 46. 3. L. 14 §. 2 D. de pec. constit. 13. 5. [f] L. 14 §. 1 D. depos. 16. 3. [g] Paul. R. S. II 12 §. 7 III 8 §. 4. L. 3 pr. L. 8. 39 D. h. t. 22. 1. L. 39 §. 1 D. de leg. I. L. 26 D. de leg. III. L. 12 pr. D. quod met. causa 4. 2. [h] System I §. 56 Note 27. [i] L. 12 pr. D. cit. L. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1. L. 8. 14 D. h. t. L. 39 §. 1 D. de leg. I.

und insbesondere von einer Geldschuld (Hfdkrt. 18. Jänner 1842 Anh. Nr. 75) Verzugszinsen k (§. 1333) zu zahlen hat [11].

2. Der Gläubiger befindet sich in Verzug, wenn er die Annahme der in gehöriger Weise [12] angebotenen Leistung ohne genügenden Grund verweigert l (§. 1419) oder sonst durch seine Schuld die rechtzeitige Erfüllung der Obligatio durch den zur Leistung bereiten Schuldner verhindert [13]. Die Wirkung dieses Verzugs besteht im allgemeinen darin, daß der Gläubiger dem Schuldner für das Interesse aufkommen muß, welches dieser an der rechtzeitigen Erfüllung hat m (vgl. §. 967. 1047) [14]; insbesondere haftet der Schuldner nurmehr für Dolus und grobes Versehen n und geht die Gefahr des geschuldeten Gegenstandes auf den Gläubiger über o (vgl. §. 1051) [15].

Der Verzug des Schuldners wie des Gläubigers wird, abgesehen von seiner Beendigung in Folge Aufhebung der Obligatio p, dadurch für die Folgezeit beendigt (purgirt), daß der Säumige sich bei unveränderter Sachlage zur nunmehrigen Erfüllung der Obligatio bereit zeigt und zugleich dem andern Theile dasjenige, was diesem in Folge des Verzugs gebührt, zu gewähren q bereit ist [16], ferner durch Vereinbarung über eine spätere Erfüllungszeit r. Auf die bereits eingetretenen Wirkungen des Verzuges kann stets Verzicht geleistet werden [17].

Anm. [1] Neuere Monographieen: Madai, die Lehre von der Mora, 1837; darüber Schilling in den krit. Jahrb. 1838 S. 218 fg. Wolff zur Lehre von der Mora, 1841. Mommsen, Beiträge zum Obl. R. Abthl. III 1855; darüber Windscheid in der heidelb. krit. Zeitschr. III S. 253 fg. — Das bürg. Gesetzb. behandelt diese Lehre sehr dürftig. Die mora solvendi handelt es, nach dem Vorbild älterer Lehrbücher, im Hauptstück vom Schadenersatz in zwei Paragraphen (§. 1333. 1334) ab, und über die mora accipiendi enthält es im Hauptstück von der Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten einen einzigen überdieß inhaltsleeren Ausspruch: §. 1419.

[2] Man kann immerhin den Verzug im weiteren Sinn objektive, den Verzug im eigentlichen technischen Sinn subjektive Mora nennen. Unrichtig aber ist es, eine doppelte technische Bedeutung der Mora anzunehmen und unpassend die sogenannte objektive Mora als ein besonderes Rechtsinstitut neben die eigentliche

k L. 32 §. 2 D. h. t. L. 2 C. depos. 4. 34. l L. 7 D. de usur. 22. 1. L. 26 D. sol. matr. 24. 3. L. 73 §. 2 D. de V. O. L. 30. 39. 72 pr. D. de solut. 46. 3. cf. L. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1. m L. 38 §. 1 D. de A. E V. 19. 1. L. 1 §. 3 D. de peric. 18. 6. L. 8 D. de trit. leg. 33. 6. — L. 9 D sol. matr. 24. 3. — L. 1 §. 3. 4. D. de peric. 18. 6. L. 8 D. de trit. 33. 6. n L. 5. 17 D. de peric. 18. 6. L. 9 D. sol. matr. 24. 3. o L. 5 D. cit. 18. 6. p L. 29 §. 1 D. de V. O. L. 17. D. de cond. furt. 13. 1. L. 8 pr. D. de novat. 46. 2 cf. L. 14 pr. L. 31 pr. eod. L. 72 §. 1. 2. 3 D. de solut. 46. 3. q L. 73 §. 2. L. 91 §. 3 D. de V. O. L. 26 D. sol. matr. 24. 3. L. 72 §. 1 i. f. D. de solut. 46. 3. — L. 17 D. de peric. 18. 6. L 51 pr. D. de A. E. V 19. 1. r L. 54 D. de pact. 2. 14.

Mora hinzuſtellen und die verſchiedenartigen Wirkungen, welche die bloße Nicht-realiſirung einer Obligatio herbeiführt, zum Gegenſtand gemeinſamer Darſtellung zu machen, wie dieß von Wolff geſchieht. Mommſen S. 7 fg. — Im weiteſten Sinn iſt Verzug (Mora) gleichbedeutend mit Aufſchub: vgl. §§. 86. 267. 862. 1405.

[3] In den Ausnahmsfällen heißt es: mora ex re fit (L. 32 pr. D. h. t.), oder wie man wohl auch ſagt: lex interpellat pro homine. Nach öſterr. Recht gehört nur der Fall der m. f. possessio hierher, indem der unredliche Beſitzer von der Zeit ſeines unredlichen Beſitzes an in Mora iſt, §. 335 a. b. G. B.: über dieſe unrichtige Generaliſirung der römiſch rechtlichen Begründung der Mora durch Delikt vergl. Syſtem II §. 128 Note 22. Im Fall der Abweſenheit des Schuldners tritt nach öſterr. Recht nicht, wie nach röm. Recht (L. 23 §. 1 D. h. t. cf. L. 2 D. de naut. foen. 22. 2), Mora ohne Interpellation ein, ſondern der Gläubiger muß Aufſtellung eines curator absentis (§. 276 a. b. G. B.) erwirken und dieſen interpelliren. Sonſtige Fälle der mora ex re gibt es nicht. Insbeſondere ſetzt bei zweiſeitigen Verträgen die Erfüllung von Seiten des einen Contrahenten den andern nicht ſchon ohne weiters in Verzug. Madai S. 191 fg. Wolff S. 395. Koch I S. 354; gegen die unrichtige Beſtimmung des ſächſ. Entw. §. 631 vergl. Wächter Entw. S. 214 fg. Es läßt ſich daher auch die Entſch. Samml. Nr. 293 (Verurtheilung zu Verzugszinſen vom Heiratsgut vom Tag der Auflöſung der Ehe an) nicht billigen, da eine der L. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13 analoge poſitive Beſtimmung in Oeſterreich nicht beſteht.

[4] Die Interpellation kann gerichtlich oder außergerichtlich, mündlich oder ſchriftlich geſchehen: die Aufnahme der Worte „gerichtlich oder außergerichtlich" in den §. 1334 a. b. G. B. erklärt ſich aus dem älteren Streit über die Wirkung der außergerichtlichen Interpellation (Glück Pandekt. VIII S. 406. Fritz Erläuter. II S. 326. Wolff S. 285. 286), welche ihr durch frühere geſetzliche Beſtimmungen (Hfdkrt. 15. Jänner 1787. Weſſely I S. 314 Note *. Weſtgal. Geſetzb. III §. 485) aberkannt war. Die Interpellation muß, um rechtswirkſam zu ſein, unter den rechten Vorausſetzungen (vergl. §. 1052. 1062. 1426. 1428 a. b. G. B.) am rechten Ort (opportuno loco L. 32 pr. D. h. t.), zur rechten Zeit (opportuno tempore L. 49 §. 3 D. de V. O. 45. 1), von der rechten Perſon (L. 24 §. 2 D. h. t. vergl. §. 1423) an die rechte Perſon (L. 32 §. 1 D. h. t. L. 24 D. de V. O.) geſchehen. Mommſen §. 5 . . . 7.

[5] Der Rechtsakt der Interpellation („Anforderung", Brinz I §. 128) hat die Bedeutung, dem Schuldner den auf ſofortige Erfüllung der Obligatio gerichteten Willen des Gläubigers zu manifeſtiren, ſo daß die Verzögerung der Leiſtung, wenn deren Urſache allein am Schuldner liegt, nunmehr den Charakter einer Rechtsverletzung annimmt. Syſtem II §. 109 Note 10. — Doch beginnt die Mora nicht ſofort nach geſchehener Interpellation, ſondern erſt mit dem auf die fruchtloſe Mahnung folgenden Tag: dieß iſt, wie allgemein angenommen wird, der Sinn des ungenau gefaßten Schlußſatzes des §. 1334. Auf dieſe Weiſe iſt im Geſetzbuch (vergl. Pat. 17. Juni 1788. Weſſely I Nr. 787) das dem Schuldner noch nach der Interpellation zu gewährende modicum

tempus (Mommsen §. 8 Note 16) durchgreifend bestimmt: dennoch wird unter Umständen der Beginn der Mora erst später anzunehmen sein und umgekehrt die Mahnung mitunter schon vor Ablauf jener Frist Wirkungen äußern. Mommsen S. 63 fg.

[6] Das bürgerl. Gesetzb. (vergl. westgal. Gesetzb. III §. 485) hat die durch Gewohnheitsrecht begründete und zur Zeit seiner Abfassung noch ganz unbestrittene Regel: dies interpellat pro homine (Vangerow §. 588 Anm. 2. Arndts §. 251 Anm. 6) aufgenommen. Der Sinn dieser Regel besteht darin, daß der Ablauf der bestimmten Erfüllungszeit die persönliche Aufforderung zur Vornahme der Leistung vertritt, so daß der Schuldner sich nicht damit entschuldigen kann, daß er geglaubt habe, es sei dem Gläubiger noch nicht um die Leistung zu thun gewesen (System II §. 109 Note 10); über ihre praktische Anwendbarkeit: Mommsen S. 108 fg.; über ihre Härte in manchen Fällen: Wolff S. 344. 345. Diese Regel gilt nach österreichischem Recht (§. 1334 a. b. G. B.) nicht nur dann, wenn durch Vertrag, sondern auch wenn durch gesetzliche Vorschrift ein Erfüllungstermin bestimmt ist (anders nach gem. Recht Schilling Lehrb. III §. 237 Note r. Mommsen S. 116; vergl. jedoch Höpfner Comm. §. 755) und wohl auch wenn durch letztwillige Verfügung ein Zeitpunkt für die Entrichtung eines Vermächtnisses festgesetzt ist (Zeiller III S. 769), insofern man in allen diesen Fällen annehmen darf, daß der Gläubiger zur bestimmten Zeit die Leistung mit Zuversicht erwartet: daher gilt die Regel nur bei betagten, nicht auch bei bedingten Obligationen, es müßte denn per conditionem dies demonstrirt sein (a. M. Mommsen S. 117; zu weit geht A. L. R. I 16 §. 68). Uebrigens ist es nicht nöthig, daß gerade ein genau bestimmter Tag für die Erfüllung festgesetzt sei: es kann auch eine Woche oder ein größerer Zeitabschnitt angegeben sein, in welchem Fall die Mora mit Ablauf dieses Zeitraumes eintritt (im §. 1334 heißt es zwar zunächst Zahlungstag, gleich darauf aber Zahlungszeit): bei größeren Zeitabschnitten aber wird es quaestio facti sein, ob „in der Festsetzung der Zeit sich wirklich der entschiedene Wille des Gläubigers, unter allen Umständen mit dem letzten Moment der Frist die Zahlung zu erhalten, ausgesprochen finde" (Mommsen S. 117. 118), und ebenso wird bei der Bestimmung der Zahlungszeit auf Ostern, Pfingsten u. s. w. wohl immer noch eine persönliche Aufforderung erforderlich sein, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Vgl. Vangerow III S. 211. — Unrichtig ist es, wenn Zeiller III S. 769 als Fall einer durch Gesetz bestimmten Zahlungszeit den §. 904 a. b. G. B. anführt: vergl. §. 1417 a. b. G. B. und System II §. 109 Note 10. Ebenso unrichtig ist die Berufung Zeiller's, Stubenrauch's III S. 560 und Ellinger's zu 1334 auf die §§. 1062. 1156. 1165. 685 a. b. G. B., da in diesen Paragraphen nur bestimmt wird, von wann an der Gläubiger (mit Erfolg) fordern kann.

[7] Die Ansicht, daß die Mora ein Verschulden voraussetze, ist bekanntlich sehr bestritten (Vangerow §. 588 Anm. 1. Arndts §. 251 Anm. 7): aber selbst die Gegner dieser Ansicht nehmen an, daß es excusationes a mora gebe, womit anerkannt ist, daß die Mora eine Culpa des Schuldners vor-

ausſetze (Mommſen §. 8 Note 22), ſo daß der Streit ſich nicht ſo ſehr um das Prinzip, als vielmehr um die Fälle der mora inculpata dreht. Für das öſterr. Recht rechtfertigt ſich der Beitritt zu der von den meiſten älteren und neueren Juriſten ſtatuirten Annahme, daß die Mora nur eine beſondere Richtung der Culpa ſei, ſchon durch die Stellung der von der mora solvendi handelnden Paragraphe im 30. Hptſtk., beſonders mit Rückſicht auf §§. 1295. 1298 und auf §§. 1051. 1154 a. b. G. B. Syſtem II §. 128 Note 39. Darauf kommt im Grund auch Zeiller S. 770. 771 hinaus, nur daß er durch die Hinterthür des Commentars die Schömann'ſche Theorie (Anm. 8) ins öſterr. Recht einzuführen ſucht und daher nur eine beſchränktere Anzahl von Excuſationsgründen zulaſſen will, wie denn überhaupt unſere Schriftſteller, ſoweit ſie auf dieſe Frage eingehen und dieſelbe nicht etwa wie Scheidlein Miscell. IV § 104, Zugſchwert Recht des Schadenerſatzes S. 90. 91, Nippel VIII 1 S. 216 fg. abſolut verneinend beantworten, den Excuſationsgründen zu wenig Beachtung widmen. Syſtem II §. 128 Note 41. „Es gibt jedoch keine Grade der Mora; vielmehr iſt der Schuldner in allen obligatoriſchen Verhältniſſen für dieſelbe Mora verantwortlich" (Mommſen S. 23 fg. 69 fg. Wolff §. 20. 23), daher der Umfang der Haftpflicht des ſäumigen Schuldners in dieſer Beziehung immer derſelbe iſt. (Unrichtig weſtgal. Geſetzb. III §. 487. A. L. R. I 16 §. 17). Ueber die Gründe der Behandlung der Mora als eines beſonderen Inſtitutes neben der Culpa vergl. Mommſen S. 22 fg. 70 fg. Windſcheid S. 260.

[8] So wenn der Schuldner durch von ihm nicht verſchuldete (L. 45 D. de O. et A. 44. 7. L. 5 D. de R. C. 12. 1) und unüberwindliche Ereigniſſe an der Erfüllung der Verbindlichkeit verhindert worden iſt. Mommſen S. 61 fg. 114 fg. Bloße Schwierigkeit oder nur relative (ſubjektive) Unmöglichkeit der Leiſtung hindert den Eintritt der Mora nicht (arg. L. 137 §. 4 D. de V. O. 45. 1); daher wird „ſelbſt die durch außerordentliche und unvorhergeſehene Unglücksfälle verurſachte Zahlungsunfähigkeit den Schuldner nicht gegen die Folgen des Verzuges ſchützen" (Arndts §. 251 Anm. 7) und die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinſen durch Eröffnung des Concurſes nicht behindert. §. 26 A. G. O. Hfdkrt. 1. März 1809 (Weſſely I Nr. 1737). §. 96 ungar. G. O. Samml. Nr. 378. Vergl. Blaſchke in der Zeitſchrift f. öſterr. Rechtsg. 1841 I 19. Gerau in der Gieß. Zeitſchrift N. F. II 7. — Schömann Handb. II Nr. 11 unterſcheidet aus Mißverſtändniß der L. 137 §. 4 cit. zwiſchen ſogenannten Perſonen- und reinen Sachmängeln (S. 301 fg.): nur letztere ſollen dem ſäumigen Debitor zur Entſchuldigung dienen. Dieſer Theorie ſchließt ſich gleich Anderen (Glück VIII S. 426. Makeldey Lehrb. §. 345. Gerau a. a. O. S. 218 fg.) Zeiller S. 770. 771 an und will ſie für das öſterr. Recht zur Anwendung bringen: es findet ſich aber für ſie weder im §. 1311 a b. G. B. ein äußerer Anhaltspunkt (Syſtem II §. 100 Note 13), noch iſt ſie innerlich irgendwie haltbar. Auch iſt es inconſequent, den Schuldner im Fall „räuberiſcher Plünderung des dem Gläubiger zugeſandten Geldes" (Zeiller S. 771) von den Folgen des Verzuges freizuſprechen (vergl. über dieſen Fall Mommſen §. 8 Note 11), und jenen Schuldner als ſäumigen zu beſtrafen, der durch ein ſeine Perſon treffendes

Hinderniß außer Stande iſt, die Leiſtung ſelbſt oder durch einen Stellvertreter, wo dieß zuläſſig iſt, vorzunehmen (cf. L. 23 pr. D. h. t.). Unrichtig iſt es ferner, wenn Zeiller S. 770 behauptet, daß den Schuldner ſelbſt „der Vorwand nicht ſchütze, daß es ihm an einer Gelegenheit, die Zahlung zu leiſten, mangelte, da er das Geld gerichtlich hinterlegen konnte.“ Freilich, iſt dieß ein bloßer „Vorwand“ (frustratio), ſo nützt er dem Schuldner nichts (cf. L. 22 D. h. t.); verhält es ſich aber in der That ſo, ſo iſt das Ausbleiben der Leiſtung völlig entſchuldigt (quia non per promissorem stetit, quominus ea die solvantur L. 114 D. de V. O. cf. L. 9 §. 1 D. h. t. ... si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit. L. 17 §. 3 eod. ... quid enim potest imputari ei, qui solvere etiamsi vellet non potuit?) und wird vielmehr unter Umſtänden der Gläubiger ſelbſt in Verzug ſein (§. 1419 a. b. G. B.): zur gerichtlichen Depoſitirung (§. 1425) aber iſt der Schuldner überhaupt nur berechtigt, nicht verpflichtet. Vgl. Zeiller ſelbſt S. 771, der jedoch ganz unpaſſender Weiſe als Fall der mora inculpata debitoris anführt, wenn „der Gläubiger, der die gehörig angebotene Summe ohne Urſache ausſchlug, die Zahlung verhindert habe.“ Dieſe Irrthümer finden ſich in noch höherem Grade bei Scheidlein §. 103. 104. Rippel VIII 1 S. 217. Zugſchwerdt S. 90. 91, indem ſie annehmen, daß der Schuldner Verzugszinſen zahlen müſſe, obgleich nicht er, ſondern der Gläubiger, in Mora iſt!

[9] Solche auf das Bewußtſein des Schuldners ſich beziehende Entſchuldigungsgründe ſind (Mommſen S. 57 fg. 114 fg.), wenn derſelbe ſich hinſichtlich des Daſeins oder des Umfanges der Verbindlichkeit in entſchuldbarem Irrthume befand (cf. L. 42. 99 D. de R. J.), oder gerechten Grund hatte, das Daſein oder den Betrag der Schuld oder die Berechtigung des anfordernden Gläubigers in Zweifel zu ziehen (cf. L. 21. 22 D. h. t. L. 14 pr. D. depos. 16. 3. Samml. Nr. 358). Daher wird der Schuldner insbeſondere ſelbſt durch die Einleitung des Prozeſſes nicht in Verzug geſetzt, wenn er ſich bona fide auf den Streit einläßt, arg. §. 338 a. E. L. 63 D. de R. J. Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. L. 24 pr. D. h. t. Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si juste ad judicium provocavit. L. 82 §. 1 D. de V. O. Syſtem II S. 545. 546. Uebrigens kommt es immer auf die Erwägung der individuellen Umſtände an, ob das Ausbleiben der Leiſtung in concreto entſchuldbar ſei oder nicht L. 32 pr. D. h. t.

[10] Der Umſtand, daß der Zufall die Sache auch im Beſitze des Gläubigers getroffen haben würde, hat erforderlichenfalls natürlich der Schuldner zu beweiſen. Doch muß es andererſeits dem Gläubiger offen ſtehen zu beweiſen, daß er Abſicht und Gelegenheit gehabt habe, die Sache im Falle rechtzeitiger Leiſtung vor Eintritt des beſchädigenden Ereigniſſes um einen beſtimmten Preis zu verkaufen, und für den durch die Mora gehinderten Verkauf Entſchädigung zu beanſpruchen. So hat man es früher auch in der gemeinrechtlichen Literatur genommen (Glück IV S. 414 fg. Höpfner §. 760. Kaufmann Oblig. I §. 14); erſt die neueren gemein-

rechtlichen Schriftsteller (Savigny VI §§. 273. 274. Bangerow §. 588 Anm. 2. Wolff §. 40. Mommsen S. 186 fg. 191 fg.) gehen, gewiß mit Unrecht (Windscheid S. 262. 263), viel weiter. Der Zeitpunkt der behufs Feststellung der Entschädigungssumme vorzunehmenden Schätzung ist in der Regel die Urtheilszeit (quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit L. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1): will der Gläubiger den höheren Preis eines früheren günstigeren Zeitpunktes, resp. die Preisdifferenz in Anspruch nehmen, so muß er, es müßte denn die Sache im Markt- oder Börsenverkehr stehen, beweisen, daß er Absicht und Gelegenheit gehabt habe, die Sache im Falle rechtzeitiger Leistung in jenem günstigeren Zeitpunkte zu verkaufen. Ueber das gemeine Recht vgl. Savigny VI §. 275 ... 277. Mommsen §. 21. Windscheid S. 263 fg. — Daß der Schuldner vom Beginn der Mora an für jedes Verschulden haften muß, sollte er gleich bis dahin nur in beschränkterem Maße verantwortlich gewesen sein (cf. L. 12 §. 3 depos. 16. 3. L. 25 §. 2 D. solut. matr. 24. 3), ist eine Wirkung, welche nach österr. Rechte wegen der regelmäßigen Haftung jedes Schuldners für omnis culpa von geringer praktischer Bedeutung ist.

[11] Die gesetzliche Verpflichtung zur Bezahlung von Verzugszinsen beruht auf der Annahme („Vermuthung" A. D. A. v. 1600 §. 139, die jedoch keine technische Rechtsvermuthung ist, wie auch noch Mommsen II S. 183 annimmt, sondern vielmehr in die System II §. 130 Nr. III 4 erwähnte Kategorie gehört), daß Geldsummen zu jeder Zeit zinsbar benützt werden können. Savigny VI §. 269. Die Verpflichtung des säumigen Geldschuldners ist aber nicht, wie unsere Schriftsteller mit Unrecht annehmen (Scheidlein §. 98. Nippel S. 213. Zugschwerdt S. 90. Stubenrauch S. 563; eben so Nußbaumer Maß des Schadenerf. S. 104), auf die Leistung der Verzugszinsen beschränkt: der Gläubiger kann vielmehr den vollen Ersatz der durch die Mora nachweisbar erlittenen Nachtheile und entgangenen Vortheile fordern, da durch die gesetzliche Zubilligung von Verzugszinsen die Interesseforderung des Gläubigers nur begünstigt, nicht beschränkt werden soll und: nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. L. 25 D. de leg. 1. 3. L. 2 §. 8 D. de eo quod certo loco 13. 4 ... Itaque utilitas quoque actoris veniet: quid enim si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam (sc. actionem) quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare? et an lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. L. 3 D. de jurejur. in lit. 12. 3 (nicht entgegen L. 19. D. de peric. 18. 6. Mommsen II S. 293 fg.) A. D. A. v. 1600 §. 139 .... „daß solche interesse a Tempore morae erstattet und derowegen den Creditoren fünf Gulden vom Hundert bezahlt werden, oder aber da dem creditoti solche fünf Gulden nicht annehmlich, sondern er vermeynen wollte, tam in lucro cessante quam damno emergente ein Mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganzes Interesse zu

beduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll." Savigny VI S. 135. Mommsen Beitr. I S. 295. III S. 246. 250. Wolff S. 452. 453. Arndts §. 206 Anmerk. 4. — Die Verzugszinsen betragen in der Regel 4 Prozent (§§. 1335. 995 a. b. G. B.). Diese unverhältnißmäßig niedrige Fixirung ist zu mißbilligen, da die landesüblichen Zinsen, auf die mit Sicherheit gerechnet werden kann (cf. L. 39 §. 1 D. de leg. I) fünf bis sechs Prozent betragen (§. 994 a. b. G. B.): hiernach genießt der säumige Schuldner, falls nicht etwa die bedungenen und auch nach Eintritt der Mora unzweifelhaft (Damianitsch im Jurist. XIX S. 293 fg. gegen Glaßner ebd. XIII S. 91 fg.) fortlaufenden Vertragszinsen die Höhe von vier Prozent übersteigen, ein Prämium von ein bis zwei Prozent für das Unrecht, welches er begeht! Von rückständigen Gebühren für Rechtsgeschäfte sind denn auch neuerer Zeit 5 Prozent Verzugszinsen zu entrichten, Min. Vrdng. 6. April 1856, R. G. Bl. Nr. 30; desgleichen von rückständigen Abhandlungsgebühren u. s. w. Fin. Min. Erl. 9. Febr. 1857. Sind geringere als 4prozentige Zinsen vertragsmäßig bedungen, so steigen sie nach eingetretenem Verzug auf die gesetzliche Höhe. cf. L. 6 D. de jure fisci 49. 14. A. L. R. I 11 §. 831. Die Verzugszinsen sind vom Beginne der Mora bis zur Zahlung der Schuld zu leisten, ohne daß ihr Lauf durch das Urtheil unterbrochen würde. System II §. 133 Note 7. 8. Ueber Verzugszinsen von Rückständen an Steuern und Gefällen: Hfkmdkt. 27. Juni 1834. Michel II Nr. 1380. Von fiskalischen Geldstrafen sind wohl auch (L. 9 D. de mag. conv. 27. 8. L. 1 C. de fiscal. usur. 10. 8) nach österr. Recht keine Verzugszinsen zu bezahlen (Fin. Min. Verordg. 24. Nov. 1856, Vrdngs. Bl. Nr. 52); bei Schenkungsversprechen? System I §. 13 Note 29. Vgl. A. L. R. I 11 §§. 1079 ... 1081. — Ein Privilegium zu Gunsten des Fiscus, wornach er von der Bezahlung von Verzugszinsen befreit wäre (L. 17 §. 5 D. h. t.) gibt es nach österr. Rechte nicht. Ueber den Unterschied der Verzugszinsen von den Prozeßzinsen: System II S. 547. 548; über die Selbstständigkeit des Rechts auf Verzugszinsen nach österr. Rechte: System I S. 606. II §. 133 Note 18.

[12] Ob das Anerbieten zur Leistung verbis oder re geschehen müsse, d. h. ob die Erklärung des Schuldners, leisten zu wollen, zur Begründung der Mora genüge (s. g. Verbaloblation), oder ob hiezu das thatsächliche Anbieten des Gegenstandes der Leistung erforderlich sei (s. g. Realoblation) hängt von dem Inhalt der Obligatio und den besonderen Umständen ab. Wolff §. 33. Mommsen §. 15. In Ansehung der übrigen Requisite der Oblation (Mommsen §§. 15. 16) sind die §§. 1413. 1415. 1422. 1423 a. b. G. B. von entscheidender Bedeutung. Ist der Gläubiger abwesend, so muß der Schuldner einen Curator aufstellen lassen und diesem offeriren (§. 276 a. b. G. B. cf. L. 6 C. de usur. 4. 32), falls er es nicht vorzieht, den geschuldeten Gegenstand gerichtlich zu deponiren (§. 1425 a. b. G. B.).

[13] So wird, wenn einem Vertrag eine Zeitbestimmung beigefügt ist, welche sich auf die Entgegennahme der Leistung bezieht, der Gläubiger durch den unbenützten Ablauf des hiezu (z. B. zur Abholung der Sache) bestimmten Termins

in Verzug versetzt. L. 4 §. 2. L. 5 D. de peric. 18. 6. Mommsen S. 173. 174. Desgleichen tritt Mora des Gläubigers ein, wenn dieser, ohne durch zufällige Ereignisse daran gehindert zu sein, zur bestimmten Erfüllungszeit am festgesetzten Leistungsort sich nicht selbst oder durch einen Stellvertreter einfindet, während der Schuldner daselbst gegenwärtig und zur Erfüllung bereit ist. Schilling Lehrbuch III §. 237. Arndts §. 251; a. M. Wolff S. 437. Mommsen S. 175. 341, dem Windscheid S. 271 beistimmt, aber doch wohl mit Unrecht, da der Gläubiger erwarten muß, daß der Schuldner zur bestimmten Zeit am bestimmten Ort leisten werde, so daß die Ursache der Nichterfüllung lediglich an dem Gläubiger liegt. Ueber die Begründung der Mora im Falle einer Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger zur Liquidirung seiner Forderung: L. 4 C. de usur. pupill. 5. 56. L. 5 C. de distr. pign. 8. 28. Vgl. Wolff S. 439. 440. Mommsen S. 170 fg. Ueber die subjektiven Voraussetzungen der mora accipiendi überhaupt: Wolff §. 35. Mommsen §§. 14. 17. Windscheid S. 268. 269.

[14] Der Lauf der Zinsen wird jedoch durch die Mora des Gläubigers nicht unterbrochen (L. 6. 9. 19 C. eod. 4. 32), da der Schuldner im Genuß des vergeblich angebotenen Geldes verbleibt, er müßte denn beweisen können, daß er die offerirte Geldsumme seither zu Gunsten des Gläubigers aufbewahrt habe (L. 7 D. h. t. Glück S. 420 Note 70; unrichtig Zürch. Gesetzb. §. 960). Durch die mora accipiendi wird das obligatorische Band nicht gelöst: hiezu ist gerichtliche Deposition erforderlich, wozu der Schuldner in diesem Falle berechtigt ist: §. 1425 a. b. G. B. Zimmern im civilist. Arch. III 9. Thibaut ebd. V S. 332 fg. Madai Mora S. 466 fg. Ueber die Wirkungen der Mora des Gläubigers: Wolff §§. 37. 43. 44. Mommsen 30 ... 32. Windscheid S. 271 fg.

[15] Auch dann, wenn bei Geldschulden oder generischen Obligationen die offerirte Geldsumme oder das offerirte Individuum nach Eintritt der mora accipiendi ohne grobes Verschulden des Debitor zu Grunde oder verloren gegangen ist, wird dieser ohne weiters (System II §. 124 Note 20 Nr. 2) befreit. L. 84 §. 3 D. de leg. I. L. 6 D. de dol. except. 44. 4. L. 72 pr. D. de solut. 46. 3.

[16] Eine gleichzeitige Mora beider Theile kann es nicht geben, da die Mora jedes Theils voraussetzt, daß die Verzögerung der Erfüllung einzig und allein an ihm liege. Puchta Vorles. II S. 108. 109. Ueber L. 51 pr. D. de A. E. V. und L. 17 D. de peric. 18. 6 vergl. Mommsen S. 340 fg. Es gilt vielmehr die Regel: posterior mora nocet. (Unrichtig oder doch ungenau Winiwarter IV S. 595.)

[17] Ein solcher stillschweigender Verzicht wird in der Regel in der Annahme des ursprünglichen Schuldgegenstandes ohne ausdrücklichen Vorbehalt der aus der Mora des Schuldners entstandenen Ansprüche zu sehen sein. System II §. 133 Note 18. Wolff S. 506. Mommsen S. 330. 331.

VII.

Drei öſterreichiſche Civil-Prozeßgeſetze aus dem XVII. Jahrhundert.

Vom Herrn Dr. Johann Schenk.

Es iſt unſere Ueberzeugung, daß wir nur dann zu befriedigenden Geſetzen gelangen können, wenn ſowohl die Bedürfniſſe der Gegenwart gehörig gewürdigt, als auch die Entſtehung der bisher geltenden Normen eingehend in's Auge gefaßt werden. Denn ſo wie es keine plötzlichen Schöpfungen in der Natur gibt, und ſelbſt die ſcheinbar als ſolche erſcheinenden Emanationen der Naturgewalten in einer Reihe von Urſachen die engegeſchloſſenen Kettenglieder ihrer Entſtehungsgründe finden: ſo bietet um ſo mehr die Geſchichte aller Legislationen den Beweis, daß der hiſtoriſche Faden nie ungeſtraft abgeſchnitten werden darf. Ja gerade die Folgen — der monarchiſchen und demokratiſchen Umwälzungen in den Geſetzgebungen mancher Staaten geben Gewähr, daß weder der Thron, noch die Volkskraft im Stande iſt, ein abſtrakt hingeſtelltes Prinzip in geſunden Geſetzesformen zu verwirklichen.

Die Epoche, der unſere heutigen Gerichtsordnungen ihre Entſtehung verdanken, war nicht dazu geeignet, im Anſchmiegen an Vorhandenes die Keime der Zukunft zu pflanzen. Vom autokraten Willen getragen, konnte keine Stimme der berechtigten Kritik aus dem Munde legislativer Volksgewalten den Geſetzgebern ſich nahen. Die Kraft des Monarchen — groß in der Wirklichkeit, verzehnfacht durch die Arbeitsliebe und ſchrankenloſe Stellung unter dem Baldachine, glaubte es ehrlich durchſetzen zu können, was der damaligen Epoche und ihrer Auffaſſung vom Staate entſprechend ſchien.

Mancher Gedanke der Vergangenheit wurde daher vernachlässiget, absichtlich vernachlässiget, aus einem falschen Grunde ignorirt; man machte civilistische Gesetze — mit politischen Nebenrücksichten. Ein Zustand, der unter allen für die Werdung derselben gefährlich ist.

Heute sollen nun wieder jene Grundsätze zur Geltung gelangen, die wir einst in Deutschland und Oesterreich besaßen; anstatt aber bei uns das Natürliche durchzuführen und unsere Gesetze auf unsere eigenen ältern zu stützen und dieselben mit den Resultaten der Wissenschaft und Jurisprudenz zu reinigen und zu vervollständigen, beschickt man weit oben im Norden eine Commission, die ein uns fremdes Gesetz für eine große Zahl von deutschen Staaten präpariren soll. Als ob wir gar nie ein öffentlich-mündliches Verfahren besessen hätten, als ob wir uns in Deutschland nicht eben so gut wie Frankreich desselben erfreut hätten! —

Aber man will damit zugleich politisches Kapital machen, und wenn das eine vielleicht gelingt: das andere, das Einheitsgesetz, erreichen wir auf diesem Wege nimmer, und — schätzbares Materiale haben wir in ganz Deutschland in Hülle und Fülle. Baiern z. B. läßt sich nicht irre machen und arbeitet trotz seiner Betheiligung an einer eigenen Prozeßordnung. Baden richtet sich schon ordentlich zum mündlichen Civilprocesse ein. Sachsen steht auf halbem Wege. Preußen stand der ganzen Bestrebung von jeher fern.

Ein einziger Blick auf die Gestaltung des gemeinrechtlichen Processes, den die Hannover'sche Prozeßordnung in ihre neue Formen hinübernahm und die Procedur Oesterreichs, so wie eine Vergleichung der Hauptgrundsätze in der französischen Proceßmethode (Contumaz, Interlocut zum Beispiel) beweist, daß wir schon heute bei ganz verschiedenen Principien weit mehr Analogie mit der französischen Form haben, als mit derjenigen, welche dem gemeinrechtlichen Processe angehört und theilweise nun als die Grundlage unserer präsumtiven (?) Proceßordnung genommen wurde.

Es würde uns daher auch viel natürlicher und sachgemäßer erschienen haben, wenn man die französische Prozeßordnung als die Basis genommen hätte; und so wie Genf, Hannover nach ihren eigenthümlichen Umständen Modifikationen eintreten ließen, so hätte man auch vom österreichischen Standpunkte aus die wesentlichen Aenderungen vollführen können. Bei dem Hannover'schen Gesetze hat man mit zwei Feinden zu kämpfen, und es ist Einer schon hinlänglich.

Doch wir wollen die Zuversicht nicht schmälern, auch wenn wir dieselbe nicht theilen. Wir wünschen, daß uns ein grober Irrthum umfängt.

... „Nun läßt sich wirklich hoffen,
„Daß, wenn wir aus viel hundert Stoffen
Durch Mischung — denn auf Mischung kommt es an —
Den ..... stoff gemächlich componiren,
In einem Kolben verlutiren
Und ihn Gehörig cohobiren,
So ist das Werk im Stillen abgethan."

(Göthe „Faust" II. 2.)

Wir wünschen es wahrlich von ganzem Herzen, daß das Werk abgethan werde; leider sind die Aussichten nicht darnach*). „Wieder werden Jahre verstreichen, und wir werden in Oesterreich weder eine einheimische — noch eine deutsche Proceßordnung haben;" so spricht der Zweifel an dem Zustandekommen, und wenn dieß geschehen sollte — à tout prix, so wäre damit auch wenig gewonnen.

Wir meinen daher keine unpraktische Arbeit unternommen zu haben, wenn wir den Blick unserer Juristen auf die Zeiten lenken, wo wir eine Reihe der verschiedensten Proceßformen in Oesterreich hatten.

So wie wir schon in der Gerichts-Zeitung 1863**) eine Skizze mehrerer Proceßordnungen aus dem 16. Jahrhundert gegeben haben, und eben eine Uebersicht der österreichischen Legislation in dieser Materie publicirten, so glaubten wir auch aus dem 17. Jahrhunderte eine kurze Darstellung einiger besonders hervorragender Proceßgesetze nicht unterlassen zu sollen.

Die Epoche nahte der Erfüllung. Verschwunden sind in einzelnen Ländern die letzten Reste der einheimischen Procedur; die Sprache des gestorbenen Roms lebte in den Gerichtsstuben, und die Scriptores begannen jener barbarischen Zeit anzugehören, wo ein ungenießbares Kauderwelsch der gelehrte Styl wurde.

Die Dikasterialverfassung schritt fort; concentrisch drang die Sehnsucht nach einheitlicher Kraft vor; der im „Staate" Oesterreich pulsirende welthistorische Beruf überwand nach und nach die divergirenden Provincial-Autonomien.

Der Sieg am weißen Berge half dazu, dem böhmischen Löwen die Krallen zu stutzen; der deutsche Kammerproceß sikerte auch zu uns herein; im Herzen des Landes entstand zuerst die ausgebildete Proceß-Basis, die Suttinger unsterblich machte.

*) Seitdem diese Zeilen geschrieben wurden (Mai 1863), haben sich die Aussichten wesentlich gebessert, und wir hoffen die Freude zu erleben, — hier Unrecht gehabt zu haben.

**) So eben ist ein vermehrter Abdruck auch im Buchhandel erschienen.

In Böhmen — die Landes-Ordnung Ferdinand II, In Vorderösterreich die Kammergerichts-Ordnung v. Jahre 1641. In Niederösterreich die Landtafel mit ihrem Processe scheinen uns drei Hauptrichtungen des Civilprocesses im 17. Jahrhundert zu repräsentiren, und deshalb wählten wir sie zum Gegenstande einer näheren Betrachtung.

I.

Die böhmische Landesordnung.

„Nachdem wir durch Hülf und Beystand der Göttlichen Allmacht Unser Erbkönigreich Böheim wiederum mit dem Schwerd unter Unsere Gewalt und Gehorsam gebracht; Als haben wir Uns nichts höhers angelegen sein lassen, als wie ..... die Justiz .... administrirt .... Der Ursachen halber Wir dann Unsere Verneuerte Königliche Landes-Ordnung publiciren wollen, darinnen Wir, neben denen Fundamenten und Grundfesten ..... die Jura privatorum zwar so viel möglich bei dem alten Herkommen gelassen, jedoch ..... nach jetzigem .... Zustand ..... gerichtet ..... 2c."

So sprach Ferdinand II. im Kundmachungspatente, das von Sdenko Ad. Pr. de Lobkovicz. S. R. Bohemiae Cancellarius, Otto v. Nostiz und Hans Rasper unterzeichnet erscheint.

Sie besteht aus 24 mit den Buchstaben des Alphabetes bezeichneten Titeln, deren einzelne Artikel durch Ziffern unterschieden sind. Der uns vorliegenden Ausgabe vom Jahre 1753 sind auch die am 1. Februar 1640 ergangenen Deklaratorien, die sogenannten Novellen, beigegeben, in welchen die einzelnen Titel mit Doppel-Buchstaben (z. B. B. b. u. s. w.) und die Artikel ebenfalls durch Ziffern unterschieden werden.

Die Proceßordnung betreffen insbesondere die Titel B. bis H. der Landes-Ordnung, und B. b. C. c. D. d. und F. f. der Novellen. Indirekte müssen aber aus den übrigen Titeln einige Bestimmungen hieher gerechnet werden, insbesondere aus dem jure Publico (A.), Zusammensetzung des Landrechtes betreffend, dann die Landtafelvorschriften (J.), Schuldverschreibungen und Bürgschaften (L.) und andere.

Die Zeit der Haltung des Landrechtes (d. h. des größeren Landrechtes) B. I. anbelangend, so ist die Bestimmung der alten Landes-Ordnung B. XXI., resp. des Landtages von 1534, beibehalten,

daß es dreimal im Jahre — jedesmal 18 Tage, die letzten vier Tage für die „Wittiben und Waisen" gehalten werden soll.

Die Besetzung wird in A. XXXI. (congruent mit B. XXIV. der alten L. O.) mit dem Unterschiede angeordnet, daß also nebst den obersten Landes-Offizieren (Burggraf, Kämmerer, Landrichter) nicht nur 12, resp. 8, wie früher, sondern 16 aus dem Herrenstand und 10 aus dem Ritterstand beigeordnet werden sollen.

Unter den die Verfassung des Gerichts, die Pflichten der Gerichtspersonen (B. II.—VIII.) behandelnden Bestimmungen ist B. IV. von besonderem Interesse.

In D. XLIII.: Von Urtheilen und Rechtssprüchen, heißt es: daß dazu eine vorhergehende fleißige Relation der Gerichts-Akten vonnöthen ist. „So ist es zwar vor diesem bei denen Mündlichen Processen also gehalten worden, daß der Vice-Landschreiber, was mündlich geredet worden, aufgeschrieben, der Declamator aber die Allegata und den geführten Beweis registriret und verzeichnet, und nach mündlicher Verhör, einer so wohl, als der andere was also aufgeschrieben und gezeichnet worden, dem Land-Recht vorgebracht haben. Weil aber anjetzo Schriftlicher verfahren wird: So sollen zwar die Schriften von Wort zu Wort .... von dem Declamator .... abgelesen werden, und was einer oder der andern Parthey Pretensiones sein, und was jeder vor sich zu erkennen begehre auch die fundamenta, darauf eine jede Parthey solche seine praetentiones ..... gründet, von etlichen oder allen Land-Officieren und Land-Rechts-Beysitzern aufgeschrieben, von allen aber fleißig aufgemerket werden, auf daß ein jeglicher nochmals der Sachen nachdenken und in Fällung des Urtheils sein Gewissen desto besser verwahren könne."

Dieß vorausgeschickt, ist die Bestimmung B. IV. verständlich. „Und demnach wir bei Bestellung der Rechte und Gerichte in diesem Unserem Erb-Königreiche billig unsere Gedancken dahin richten, damit die Justiz wohl administrirt werde, und niemanden Unrecht geschehe: Wir Auch Unsere gehorsame Stände also beschaffen wissen, daß sie mehr darauf, als sonst auf andere eusserliche Ceremonien sehen, und aber fast unmöglich, daß bei einem so großen Zulauf, und da keiner unter den Richtern bei wehrendem Proceß etwas zeichnen kann, die Sach so wohl eingenommen und behalten werden könne, als wann die Richter bei einander

sitzen, einer den andern fraget, ein jeder aber die Nothdurft, und worauf er sein Gewissen im Versprechen nochmals zu versichern vermeinet, aufschreibet: Als haben wir gnädigst für gut angesehen, daß bei Vorbringung der Akten, Unsere Land-Officire und Land-Rechts-Beisitzer, wie sonst in Unsern höchsten kayserlichen Tribunalien gebräuchlich, beysammen an einer wohlgezierten Taffel sitzen, allbar die Hauptfundamente, darauf die Sach bestehet, (weil keine so förtreffliche Memoria zu finden, so alles behalten können) fleißig aufzuzeichnen, nachmals aber, wenn entweder ein Interlocutoria oder Definitiva ergehen soll, ein jeder seine Session und Stelle, wie hier oben von der Session gesetzet, einnehmen, die Landstuben öffnen, und öffentlich das Urtheil von der Cathedra herunter ablesen lassen . . ."

B. VIII erläutern diese Bestimmungen, deren edles Ziel nicht verkannt werden kann. Wenn eine Schrift abgelesen, und etwann einer aus denen Land-Rechts-Sitzern wegen des Hauptpunkts, darum es zu thuen, und darauf die Sache beruhet, sich aus der abgelesenen Schrift nicht genugsam informiren könnte: So stehets einem Jeden frey, die Obristen Land-Officirere und andere Land-Rechts Beysitzer zu fragen, wie solches zu verstehen, auch etwann denselben Punkt auf's neue ablesen zu lassen.

Die Oeffentlichkeit, welche nach der alten L. O. der Natur des Verfahrens nach vorhanden war, beschränkt B. IX auf die Publication der Urtheile und feierliche Akte. Die Strafe des Thurms d. a. L. O. B. XXX blieb, und nur die Strafe des unbefugten Eintritts in die Schranken B. XXXIII wurde auf 2 Schock Groschen erhöhet.

Was die Jurisdiction anbelangt, so geben die B. X. XI. XXVI, dann F. I—LXXII die Vorschriften. Ein kurzer Ueberblick über die verschiedenen Tribunale dürfte nicht überflüssig sein.

Vor das größere Landrecht gehören die Klagen, betreff Landgüter, Erbschaften-Grenzstreite, in der Landtafel versicherte Rechte, Wittiben (B. X).

Vor die Kantzley kommen die Sachen (abgesehen der politischen und Straffachen) wenn jemand sich in eines andern Güter unrechtmäßiger weise eingeführet, dann diejenigen Gegenstände, wo es den Partheien frei steht, sich entweder an den Kaiser, oder an das Landrecht zu wenden. In der Regel gilt der Landrechtsprozeß; nur wenn periculum in mora, oder die Partheien selbst begehrten, oder wo er besonders

angeordnet wird, so soll in diesen Fällen „ohne einzige Solennität des Prozeß, sola inspecta rei veritate procediret werden." Auch Sachen die Fremde, oder personas miserabiles betreffen, sollen ohne Weitläufigkeit erörtert werden. Wenn dieß aber nicht thunlich ist, so soll die Kanzlei die Sache vor das ordentliche Gericht, remittiren und weisen.

Vor die Landtaffel gehören die F. IX aufgeführten 8 Sachen, Streitigkeiten zwischen Mündel und Vormund, Verwandten, Wittiben gegenüber den Besitzern der Ehegüter, Gerechtsachen. — Zwei Mahl im Jahre je 14 Tage. Hiebei sind zwei Ausnahmen des gewöhnlichen Verfahrens. Statt den Probationsschriften soll eine mündliche Nothdurft-Verhandlung eintreten (F. XIV). Bei Schuldsachen, beziehungsweise der Vertheilung des Kaufschillings unter die Gläubiger, sollen schleunige Tagsatzungen angeordnet und dabei nur mündlich verfahren werden (F. IV).

Zum kleinern Landrecht (bei welchem sitzen sollen: 1. der Unter-Burggraf, 2. der Unter-Land-Kammerer, 3. der Unter-Land-Richter, 4. der Unter-Land-Schreiber, 5. der Unter-Amtmann der Königinn, 6. der Amtmann des Unter-Cämmerers) gehören die Sachen, welche die Schulden so nicht höher als auf hundert Schock Boheimischer Groschen betreffen (F. XVI), ferner die „Sachen, so vom Waidwerk und daher gerühret, oder einer auf des andern Grund und Boden Waidwerk getrieben" (bisher vors größere Landrecht gehörig F. XVII).

Das aus wenigstens 6 adelichen Personen zusammenzusetzende Burggrafen-Amt (F. XVII) hatte hauptsächlich Schuldsachen-Ablösung der Hauptschuldbriefe, Aufhebung der Bürgschaften, Wieder-Erstattung der Gelder . . . in etwas abgekürzten Verfahren zu entscheiden.

Die Liquidation der Expensen und Schaden bei einem Prozesse wurde von den Unter-Amt-Leuten bei der Landtaffel und zwar in 7 bestimmten Rechtstagen vorgenommen.[a] F. XXIX.

---

[a] In dieser Beziehung erfolgte ein Nachtragsedikt vom 17. Sept. 1708 (Weing. Nr. 639), daß alle Revisiones, Recursus, Provocationes in causis liquidationum der zuerkannten gerichtlichen Schäden und Unkosten halber von denen bei den untern Instanzien gefällten Liquidations-Urtheln, gänzlich untersaget und aufgehoben sein sollen — nur die Apellation ist gestattet. Wenn aber die Causa liquidationis die Hauptsache selbst ist, so ist auch eine Revision zulässig.

Zum Kammerrecht, welches den Land-Rechtsprozeß zu beobachten hat (XLIV), gehören die Contraktsklagen, Heurathsguth- und Leibgedingstreitigkeiten (nicht versicherte und nicht Wittwen betreffende) übrigens nach Wahl des Klägers (B. X). Die Besetzung dieses 4 Mahl im Jahre auf dem Prager Schlosse Recht sprechenden Gerichtes ist folgende: Präsident, der Obriste Landhofmeister, und 14 von ihm bestimmte Beisitzer F. XXXIX.

Das Hof-Recht oder (Lehen-Recht) soll allezeit vier Tage vor dem Kammer-Recht und also Viermal des Jahrs gehalten werden und jedesmal 13 Tage dauern. Bei Publicirung eines Rechtsspruches soll es wie beim großen Landrecht gehalten werden (F. L). Das Hofrecht soll wenigstens mit 7 Personen besetzt, und nach dem Landrechtsprozeß vorgegangen werden. (F. LI. II.)

Den Landrechtsprozeß selbst anbelangend, so bestättigt B. XII den alten Gebrauch der „ausgeschnittenen Zettel." Dieser bestand darin, daß der Kläger vor Anbringung der Klage dem Gegner den Gegenstand der Klage bekannt machen, und dieser binnen 14 Tage darauf antworten mußte, und daß erst dann, wenn hiedurch und durch Vermittlung guter Freunde ein Vergleich nicht zu Stande gekommen war, zur Klage geschritten werden sollte. (In einigen B. XIII aufgeführten Fällen war aber dieser Vergleichsversuch nicht gebräuchlich). Die Verneuerte L. O. erweitert die Frist von 14 auf 20 Tagen, und bezieht sich auf Formulare eines solchen „ohngefährlichen Notul" als auch der Antwort.

Der Zweck, ohne Prozeß-Streitigkeiten beizulegen, wird auch im B. XVI beabsichtiget, doch wird ausdrücklich hervorgehoben: „So hat Unser Königliches Land-Recht für sich selbsten und in Abwesenheit Unser Nicht Macht, denen allda streitigen Partheien, wann sie sich selbsten in der Güte nicht miteinander vereinbaren wollen, Sühnliche Handlung aufzuerlegen, es sey dann solche Rechts-Sach dergestalt bewandt, daß der verlustige Theil durch das Urtheil an seinen Ehren angegriffen würde: In welchem Fall es Unſ. König. Land-Recht wohl erlaubt ist, die Partheien dahin, daß sie sich miteinander vergleichen sollen, beweglich zu ermahnen."

Wann also ein Vergleich nicht gelingt, so muß die bei Gericht zum Zwecke der Citation des Geklagten einzureichende Klage (B. XVIII die früher bestandenen Unterschiede zwischen Puhon und Obeslanj, die sich auch in den Stadtrechten nicht vorfinden, wurden aufgehoben) nach B. XIX. die Beweismittel „mit Benennung der

Zeugen oder auch Beylegung der Schrifftlichen Urkunden" enthalten. Was in den ausgeschnittenen Zetteln, in Urkunden, oder bei Gericht zugestanden war, bedurfte keines Beweises, „indem solch' Geständniß der kräftigste Beweis ist." Klagen, welche nicht in questione juris sich gründen, müssen in Artikeln getheilt werden (B. XX). Objektive Klagenanhäufung war (nach B. XXIV) gestattet, wurde sie aber vom Geklagten gerügt, so hemmte dieß zwar nicht die Verhandlung über den zuerst gesetzten Klageanspruch, wohl aber mußten die weitern Ansprüche einem besondern Erkenntnisse vorbehalten werden. Nur die Nutzungen und „was sonst eine jede action mit sich bringt" konnten jedenfalls mit der nähmlichen Klage verfolgt werden (B. XXV). Die Klage wurde (B. XXI—XXIII) ad manus oder zu Handen der Hausgenossen des Geklagten oder endlich der Gemeinde, in der er sich aufhielt, zugestellt.

Die Artikel B. XXVII—XXXIV, XXXVII—XXXX bestimmen gegen welche Person in gewissen Fällen die Klage zu richten ist, z. B. wenn ein Gut mehreren gemeinschaftlich ist, wenn Erben einschreiten, wenn mehrere Vormünder bestehen, oder Städte. Schiedsrichter sind zulässig (XXXV). Auf das Vorhandensein etwaiger declinatorischer und dilatorischer Einwendungen hatte das Gericht (XXXXI) vor Erlassung der Citation den Kläger von Amtswegen aufmerksam zu machen, um derlei Einwendungen möglichst hintan zu halten.

Ersatzpflichtig und als temere litigans[b] mit 14 Tagen Gefängniß zu bestrafen war nach XXXXII, wer rem judicatam oder eine Sache, die ihn nichts anging, oder eine durch Vergleich beigelegte Sache, oder in der es bis zum letzten Executionsgrad gelangt war, einklagte. Nicht kundbar Bemittelte, dann Ausländer waren nach B. (XXXIII—VII) von Amtswegen zur cautio actoria oder zur cautio

---

Mit Hofresolution vom 23. Mai 1629 (Wekebrod Sammlung Nr. 9) wurde angeordnet. Wenn sich merklich befinden thäte, daß ein Theil den andern ohne einiger rechtmäßiger Ursache muthwilliger Weise zum Recht genötbiget und temere litigiret, solle er, soviel res litigiosa anbetroffen würde, pro poena ordinaria von jedem 100 rei litigiosae 6 fl. erlegen: da aber einer extraordinären Pön vonnöthen, und der Streit selbsten dergleichen Aestimation nicht zuließe, alsdann sollen die temere litigantes pro arbitris Judicis mit Gefängniß, oder wenn sie es vermöchten mit einer besondern Geldstrafe belegt, und solches im Urtheil ausgedrückt werden.

juratoria [c] anzuhalten, außer wenn sie zum Schadenersatz oder um geringfügige Sachen klagten.

Procuratoren, welche domini litis wurden (B. XXXVIII), konnten mit schriftlicher Vollmacht bestellt werden (XXXXIV); sie sollten beeidet sein, B. b. II. III und die eingereichten Schriften unterschreiben. B. b. IV. Quota litis und d. g. war verbothen B. LI., und war die Belohnung der Advokaten nach Prozenten der Streitsumme ausgemessen (B. LII—IV). Auch wurden ausführliche Vorschriften über die Eigenschaften und das Verhalten der Advokaten ertheilt. [d]

Statt des bis dahin üblichen Verfahrens wurde C. I. das schriftlichen eingeführt: [e] „Ob auch wohl verwichener Zeit die Processen bei dem Land-Recht Mündlich vorkommen, und wenn es zum Rechts-Stritt gelanget des Klägers Procurator seinen Puhon (Ladung) oder Obeslanj (Citation) . . . . im Mündlichen Vortrag ausführen, darauf

---

[c] Durch Decl. vom 20. Juli 1641 (Weingarten Nr. 87) wurde als ein Mißbrauch abgestellt, daß das juramentum calumniae auch von dem ohnehin zur Justiz geschwornen Königl. Procurator gefordert würde. Dagegen wurde für Schlesien mit Rescript vom 1. August 1710 (Weing. Nr. 685) angeordnet, daß bei Communitäten den juramentum calumniae der mit einer Special-Vollmacht ausgerüstete General-Procurator nebst seinem Rechtsfreunde zu schwören habe.

Mit Decl. vom 9. Dez. 1710 (Weing. Nr. 689) wurde ausgesprochen, daß der für seinen Clienten den jur. calumniae ablegende Patronus ordinarius den Eid auch in animam suam, nicht aber auch der in Verhinderung des Ordinarii zu diesem Akte allein bevollmächtigte Rechtsfreund ablegen müße, nachdem mit Patent vom 9. August 1688 ausgesprochen worden war, daß die Ablegung des Eides durch einen Machthaber nur über erfolgte allerhöchste Bewilligung erfolgen kann.

[d] Mit Decl. Ferd. III Regensburg 14. Dez. 1652 (Weing. Nr. 164) wurde angeordnet: daß zur Beförderung der Recht-Sachen und Handlung sowohl bei Unserer Hofkanzley als denen nachgesetzten Instanzen in Prag eine gewiße Zahl Advocaten und Procuratoren, nehmlich bei unserer Hofkanzley 12 Advocaten und 6 Procuratoren, bei unsern Prägerischen Instanzen auch 12 Advocaten und 8 Procuratoren, doch daß die Advocaten alle graduirt seyn sollen. Wann wir es Uns dann auch gnädigst belieben lassen, und dahero bey Unserer Hof-Kanzley allbereit inliegend verzeichnete recipiret, und verpflichtet worden, auch beinebst wollen, daß ihr ingleichen zu Prag mit Ersetzung der Zahl verfahren und zu denen allbereit bey euch habilitirten, soviel als der Numerus austrägt, nach vorher gehender Erkundigung ein und den andern Qualitäten aufnehmen und beeiden sollet . . ."

Bei den untern Instanzen blieb die unbeschränkte Zahl der Advokaten bis zur ersten Systemisirung der Advokatur in Oesterreich aufrecht.

[e] Durch die Appellat. Instruc. vom 26. Nov. 1644 (Weing. Nr. 109) wurde dem App. Gerichte verbothen, andere als schriftlich verhandelte Prozesse anzunehmen und wurde demselben aufgetragen, Stadtgerichte, welche etwa den schriftlichen Prozeß außer Augen gesetzt hätten, dieß ernstlich zu empfinden.

Beklagtens Procurator alsobald und gleich auf ungewandtem Fuß seinen Principal Mündlich defendiren, und auf alle Einwürfe antworten, und sie nochmals als Mündlichen hinc inde verfahren müssen. Jedoch und dieweil es sehr gefährlich, dermassen hochwichtige Sachen, so auch bisweilen alle zeitliche Wohlfahrt betreffen, auf dergleichen geschwinde Mündliche Processen zu stellen, auch die Redner ungleich, und es die Erfahrung sowohl im Königreich Böheim, als anderswo, da man sich denen Rednern vertrauen müssen, jederzeit gegeben, da solcher Redneren wenig, und sie fast das gantze Recht allein in ihrer Wissenschaft, Gewalt und Macht, gleich als sonderbare Geheimnuß gehabt, auch oft und vielmals mehr auf die Geschicklich- und Beredsamkeit des Redners als auf die Sach' selbst gesehen worden: daher der arme Mann, welcher dergleichen Redner nicht in Bestallung halten können, zum öftern gedrukt werden müssen, zu geschweigen, daß es unmöglich, auf eine Sach' in der Eyl so wohl und vollkömmlich zu antworten, als wann darzu Zeit und reiffe Berathschlagung gelassen wird, und deßwegen im ganzen Römischen Reich, und in allen andern Unsern Ländern in so schweren Sachen Schriftlich verfahren wird .... als haben wir gnädigst vor gut angesehen, daß hinfüro anstatt des Mündlichen der Schriftliche Proceß beim Landrecht eingeführet werden soll."

Man muß aber nicht glauben, daß dieser böhmisch-schriftliche Prozeß mit dem gemeinen oder österr. eine innere Gleichheit hatte. Wie es sich auch de praxi gestaltet haben mag — aus der oben angeführten Stelle D. XXIII erhellt aber, daß die „Schriften von Wort zu Wort" vor dem versammelten Gerichte abgelesen wurden. Gerade also das Medium — der Referent, der im gewöhnlichen schriftlichen Verfahren der Entscheidung die Unmittelbarkeit nimmt, fällt hier weg, denn der Declamator ist nicht der geistige erste Bearbeiter des Prozesses, sondern nur die Supplirung der sonst eintretenden Nothwendigkeit, daß die Schriften von allen Richtern selbst ganz gelesen werden sollten.

Gewiß eine zeitraubende Procedur, aber, bis zur Rechtsprechung nach Referaten ist noch ein weiter (essentiell verschiedener) Weg.

Wir glaubten diese Bemerkung nicht unterdrücken zu können, da

gerade diese Bestimmung der Landes-Ordnung die einflußreichste und wichtigste war und dem Wesen der unmittelbaren Rechtssprechung so nahe kommt, als es überhaupt mit der Schriftlichkeit möglich ist. Wir sehen ja Aehnliches bei ganz auf den Principien der unmittelbaren Mündlichkeit gebauten Prozeßordnungen, daß man sich mit der Vorlesung von Schriftstücken — von Wort zu Wort — vor dem versammelten Gerichte begnügt, ja im Berufungswege die Vorlesung der Berufungsschrift die mündliche Ausführung zu ersetzen geeignet erkannt wird.

Nach dieser Digression kehren wir wieder zu unserem Detail zurück.

Die Frist zur Einrede betrug 6 Wochen, konnte aber um 3 Wochen und dann noch um 14 Tage erweitert werden. In der Einrede (C. VII. VIII), welche kurz und nach Umständen analog der Klage in Artikel zu fassen war, sollten die Beweismittel an Urkunden und Zeugenschaften beigelegt werden.

Die dilatorischen Einwendungen mußten nach C. IX—XI alle zugleich, übrigens auch unter Einem in eventum die peremtorischen Einwendungen angebracht werden.[1] Nach C. XII mußte der Kläger oder sein Procurator zur rechten Zeit bei der Landtafel angeben lassen, ob die Schriften eingelaufen. Wenn keine Dilation ertheilt worden war, so konnte er um Uebersendung der Akten zum Landrecht ansuchen. Wenn aber eine Einrede erstattet war, so stand es ihm frei (C. XIV) binnen 6 Wochen (resp. nach 3 Wochen) die Replik einzubringen, wenn er nicht etwa (C. XIII) ohne eine solche ein Urtheil begehren sollte. Aehnliches galt für die Duplik (C. XV—VII). Aenderung der Klage in der Replik (C. XVI) war verbothen, wohl aber konnte gegen Kostenersatz von der Klage mit Vorbehalt einer neuen Klage abgestanden werden.

In der Regel war der Prozeß mit 4 Schriften geschlossen (C. XVIII). Wurde jedoch in der Duplik ein neues Instrument eingebracht (C. XIX), so stand jedem Theile frei von 4 zu 4

[1] Doch wurde am 6. Mai 1644 (Weing. Nr. 98) dieß dahin beschränkt, daß während eines Editions-Prozesses und aller andern Zwischenstreite, welche ad ipsum factum gehörig entweder die Grundfeste der Hauptsache betreffen, oder sonst in der Hauptsache ein Praejudic gebären, vor allen Dingen ein solches Decidens durch Entscheid erlediget, inmittelst aber mit der Hauptsache still gestanden werden solle. Dieß sollte aber nach der Declaratoria vom 19. Nov. 1644 (Weing. Nr. 108) nicht auf dilatorische Einwendungen z. B. cautionis pro reconventione dandae ausgedehnt werden.

Wochen noch eine Schrift einzubringen. Waren Zeugen geführt und über deren Aussagen und Personen noch nicht verhandelt (C. XX), so konnte jeder Theil binnen 4—6 Wochen nach der Duplik eine Probationsschrift, und nach B. C. XIII noch eine Gegenbeweisschrift erstatten.

Sohin sollten die Akten inrotulirt (C. XXI), Weitläufigkeiten nicht attendirt (C. XXII), mit solchen sollten die Landrechts Beisitzer nicht geplagt, und wegen solcher sollten die Schriftsteller willkürlich gestraft werden.

Die Frist zum Beweis (C. XXIII) läuft zwar bis zur Duplik, doch soll kein eigentlicher terminus probatorius abgewartet werden, sondern soll Kläger sogleich nach der Relation über die Zustellung der Klage die Vorladung seiner Zeugen begehren, und seine zu producirenden Original-Urkunden bereit halten. Zur Produktion oder Antretung jener Beweismittel, die erst in spätern Schriften angeführt wurden (C. XXVII) war eine Frist von 4 Wochen nach Ueberreichung der bezüglichen Schriftstücke bestimmt.[6] Zur Zeugenführung waren nach B. b. VI Namen und Wohnorte der Zeugen anzugeben und die Weisartikel vorzulegen, worüber dem Gegner die Fragestücke binnen 14 Tage abgefordert (B. b. VIII) und die Zeugen auf 4 Wochen vorgeladen wurden C. XXV. Eine Reihe von Specialvorschriften sorgte für die ordentliche Vorladung und Abhörung der Zeugen. Zeugen aus dem Herrn- und Ritterstande hatten das Privilegium (B. b. IX) ihre Aussagen binnen 4 Wochen schriftlich, gesiegelt und unterfertigt einzusenden.

Uebrigens mußten die Zeugen (C. LXIII) für jeden Prozeß abgesondert geführt werden.

Zeugenabhör zum ewigen Gedächtnisse (D. XVII. B. b. XV—VII), Edirung der Urkunden wird (D. XXIII—VII) behandelt. Was den Haupteid betrifft, so ist Auftragung und Zurückschiebung gestattet (D. XXVIII—IX), wenn der Kläger keinen Beweis führen will. Vor Ablegung desselben mußte aber ein Special

---

[6] Durch Hofrescript ddo. Regensburg 13. April 1641 wurde zwar die Haupt- und Nebenintervention gestattet, jedoch nur gegen dem, daß 1. das Interesse des Intervenienten an der Sache mindestens semiplene bewiesen sei, 2. daß über sein Interesse von der Hauptsache gesondert nicht ohne Praejudic verhandelt werden könne und 3. daß ein Nebenintervenient dem Streit in jener Lage beitreten muß, in welcher er ihn antrifft.

Juramentum calumniae geleistet werden. Von Zulässigkeit einer Gewissensvertretung kommt nichts vor.

Auch konnte das Gericht (C. XXX—I) dem Kläger einen Eid von Amtswegen auftragen, ohne daß dem Geklagten die Leistung eines Gegeneides gestattet wäre.[h]

B. b. XXV—IX behandeln den Process ex lege diffamari. Nach D. XXIII. V und C. c. I—IV kann bei Versäumniß eines Termines das erstandene Recht, d. h. ein Contumaz-Urtheil begehrt werden. Der Contumazirte kann (D. XXXVI) sein Versäumniß im nächsten Landrechte rechtfertigen, worüber der Gegner binnen 6 Wochen zu vernehmen, und nach geführter Weisung und Gegenweisung zu erkennen ist, doch soll die Restitution nicht leicht und nur aus wichtigen Gründen ertheilt werden (D. XXXVI—XXXXII).

Im schriftlichen Verfahren bildet die Zusammenlegung der Akten zum Behufe der Urtheilsfällung einen der wesentlichsten Punkte. Es bedurfte auch hier, nachdem mit der Schriftlichkeit des Verfahrens die Inrotulirung eingeführt worden war, einer Erläuterung, welche mit B. b. XXXI erfolgte: „Damit auch sowohl die Gerichte, als die Parthen eigentlich wissen mögen, wie es mit Inrotulirung der Akten, so bei dem Schriftlichen Prozeß in der Verneuerten Landes-Ordnung mit eingeführet, zu halten, und sie sich dessen ihrer Nothdurft nach, bedienen könnten; So erklären und ordnen wir: daß . . . 1. die Partheien auf einen gelegenen Tag citirt . . . 2. 2 Unteramtleute zugegen . . . 3. die Schriften ordentlich beschrieben . . . 4. das Verzeichniß der Akten beigelegt, und die ganze Aktion sowohl von denen Amtsleuten, als denen Parthen versiegelt werden soll . . .

Hierauf werden die Schriften vor dem Landrechte eröffnet, und, wie oben erwähnt, durch den Deklamator vorgelesen. Die Sachen werden in der Regel (C. XXXXVI) nach der Reihenfolge ihres Einlangens vorgenommen, und soll das Urtheil noch in dem

---

[h] Am 2. Juli 1661 (Weing. Nr. 220) wurde resolvirt, daß ein auferlegtes juramentum decisorium pro praestito zu halten sei, wenn man bei Lebzeiten selbes zu leisten sich erklärt, und am 16. Dez. 1691 (Weing. Nr. 472) wurde verordnet, daß juramenta decisoria cum jurati tantus sit effectus, ut solummodo quaeratur an juratum sit, vor Erledigung der Appellation oder Revision gegen den auf den Eid lautenden Spruch nicht abgelegt werden dürfen.

nämlichen Landrecht (DIIL) den Partheien mündlich (DVL) verkündet werden.

In DIL ist vorgeschrieben, und in C. c. V wiederholt eingeschärft worden, daß nur nach der Landesordnung und in Fällen, welche darin nicht erörtert sind, nach den Stadtrechten erkannt, und dabei nicht allein auf die Worte, sondern auch auf die Rationes legis gegangen werden solle, daß man aber nicht wiederum zu ungewißen und gefährlichen Praejudiciis komme, sondern über Fälle, welche auch in den Stadtrechten nicht entschieden wären, den Ausspruch Sr. Majestät einholen solle.

Was die Berufung über ergangene Sprüche anbelangt, so muß zwischen dem Landrecht und den niedern Instanzen unterschieden werden.

Von den Stadtgerichten ging der Zug zu der seit 1548 eingerichteten Appellationskammer.[i] Die übrigen Gerichte: das Kammerrecht, Burggrafenamt, sowie die Unteramtleute konnten sich bei dem Landrecht in schweren Fällen, Belehrung bitten F. LXXIV. „Und mögen diese Tribunalien sich solcher Belehrungen, wie vor diesem gebrauchen, und dazu bey einem jeden Land-Recht gewisse Täge, nach Gelegenheit der Sachen, so alldort vorkommen bestimmt werden."

Gegen Erkenntnisse des Landrechts selbst war eine Appellation unzulässig. Nur eine Revision wurde in der Regel gestattet, aber unmittelbar an den Kaiser als König von Böhmen.[k] Ganz ausgeschlossen war sie a) in gewissen peinlichen Fällen; b) wider Interlocute;

Mit Decl. vom 9. Jänner 1675 (Weing. Nr. 293) wurde angeordnet, daß pendente Appellatione alles in statu quo zu lassen und attentatum in statum pristinum zu setzen sei.

[k] Durch Decl. vom 18. Mai 1638 (Weing. Nr. 68) wurde ausgesprochen, daß die Revision das einzig zulässige juris remedium sei, und daß in Fällen einer unterlaufenen Nichtigkeit zwar die quaerela nullitatis, jedoch nur in der für die Revision vorgeschriebenen Form gestattet sei. — Die Wahrnehmung daß viele Partheien die Revision nur in der Absicht ansuchten, um Zeit zu gewinnen, führte zu der Anordnung vom 28. Juni 1644 (Weing. Nr. 99), daß eine Revision, wenn sie binnen 6 Wochen nach ihrer Anmeldung nicht prosequirt würde, für desert zu halten sei. — Uebrigens wurde mit Hofdekret vom 7. Jänner 1673 (Welebrod Nr. 130) erklärt, daß das jus secundae Instantiae Ihrer Majestät als König in Böheim und Markgrafen in Mähren allein zustehet, dahingegen keiner Obrigkeit. Und mit Hofrescript vom 25. Febr. 1689 (Weing. Nr. 442), daß alle Appellationen in Schlesien von allen Gerichten immediate an Sr. Majestät oder an die Apell.-Kammer nach Prag gehen, außer vom Oberamt und Fürstenrecht, die an Sr. Majestät allein devolviren.

c) im Executionszug; d) bei erstandenem Rechte (Contumaz); e) in Urtheile auf Grund richtiger eigenhändiger Schuldurkunden; f) in Sachen unter 300 Schok böhmische Groschen.

Nach F. 77 mußte binnen zwei Monaten nach dem Urtheil die Zulassung bei Hof angesucht werden[1] und der Revident war gehalten nach F. 79 eine den Umständen angemessene Summe, (welche nie weniger als 1/7 des Werths der Streitsache betragen durfte) zu erlegen, welche bei Abweisung der Revision dem Fiscus anheimfiel — eine ganz treffliche noch heute in Frankreich vorhandene Bestimmung, welche ganz allein im Stande ist, überflüßigen Revisionen vorzubeugen und den Rechten der Partheien nicht nahe tritt. Denn so kann hier arme Partheien von dieser Caution befreit werden, so gestattet auch die modernen Gesetze die Zulassung des Rechtsmittels, wenn die Armuth vorliegt. Alle andern Cautelen, Calumnatseid, Strafen der Advokaten und Partheien, allzugroße Beschränkung der Revisionssumme erreichen entweder ihren Zweck nicht, oder überspringen ihr Ziel. Eine solche Caution, welche verfällt, aber hat das Gute, daß es eine sehr wohl zu beachtende Geldstrafe in sich schließt, ohne aber der Willkür anheimzufallen, wie sie sonst bei Advokatenstrafen möglich sind. Es wäre m. E. sehr zweckmäßig gewesen, wenn man auch diese Bestimmung aus der L. O. in unsere Gerichts-Ordnung hinübergenommen hätte.

Die L. O. hatte zu allen Ueberfluß noch den Eid (F. 80) beibehalten, daß die Revision nicht gefährlich und um die Sache aufzuziehen[m] ergriffen wurde. Wurde die Revision gestattet, so

---

[1] Die Wahrnehmung, daß viele Partheien die Revision nur in der Absicht ansuchten, Zeit zu gewinnen, führte zu der Anordnung vom 28. Juni 1641 (Weing. Nr. 99), daß eine Revision, wenn sie binnen 6 Wochen nach ihrer Anmeldung nicht prosequirt wurde, für desert anzusehen ist. Die Beobachtung dieser Vorschrift wurde mit Decl. vom 1. Jänner 1671 (Weing. Nr. 266) eingeschärft.

Laut Decl. vom 30. Dez. 1694 (Weing. Nr. 514) mußte die Revision bei Gericht erster Instanz angemeldet, die Revisionsschrift aber unmittelbar bei Hof eingereicht werden, und war, wenn sie bei der ersten Instanz eingebracht wurde, sogleich zurückgewiesen. Uebrigens war schon mit Patent vom 9. August 1688 (Weing. Nr. 434) der Schriftwechsel in revisorio (nach dem Muster der inzwischen für Oesterreich erlassenen Revisionsordnung vom J. 1669) ganz abgeschafft worden.

[m] Das Fristenwesen und die Dilationes machten den Gesetzgebungen von jeher großen Kummer.

Mit Decl. vom 18. Dez. 1655 (Weingarten Nr. 188) wurde angeordnet, daß alle unnöthigen Incidentien und Termini Praefigirung in meritis

durfte die Execution (F. 78) nur gegen vom Obsiegenden zu leistende Caution ertheilt werden.[n]

Die Execution findet über ein ergangenes Urtheil oder über erstandenes Recht statt (G. I) und wird durch den Tod eines Streittheiles nicht beirrt (G. II—V), ebenso wenig wird die Execution eines Gutes, wegen einer gewissen Summe durch die während des Prozesses erfolgte Veräußerung dieses Gutes gehemmt, doch steht einem dadurch in seinen Rechten Gekränkten frey, dagegen binnen 2 Wochen nach der Abschätzung Widerspruch einzulegen (G. V). Der Schuldner kann Wiederspruch (Odpor) nur dann einlegen, wenn wegen einer größern, oder bereits gezahlten Summe Execution geführt wird (G. VI).

Die Execution ist nöthigenfalls armata manu zu führen (G, VII – X). Würde Einem ein zugesprochenes Erb und eigen Landgut nicht binnen 14 Tagen abgetreten, so mag er bei der Landtafel einen Kämmerling ausbitten, die Umluwa zu thun, oder „den Verlierenden wegen des Gutes besprechen zu lassen" (G. XI). Die Umluwa ist bei der Landtafel zu registriren und der Kämmerling abzuschicken; wird hierauf binnen 14 Tagen das Gut nicht abgetreten, so mag der Zwod begehrt werden, d. i. die erste Einführung, welche nur ein Recht zu

---

causis nicht zu erstatten sei. — Mit Decl. vom 25. März 1679 (Weing. Nr. 328), daß tempus dilatiorum continuum et non obstantibus feriis de die in diem currat. — Mit Decl. vom 3. Mai 1679 (Weing. Nr. 329, eigentlich für Schlesien erlassen) daß eine extraordinari Dilation nicht insgemein und so leicht zu ertheilen gemeint sei. — Mit Decl. vom 2. Dez. 1683 (Weing. Nr. 378), daß extraordinari Dilationes nur dann zu bewilligen sind, wenn die Impedimenta zu Recht beständig erwiesen werden. — Mit Decl. vom 1. August 1685 (Weing. Nr. 393), daß die Prorogation des fatalis introducendae revisionis nur gegen Nachweis der Hinderniße zu gestatten seien. — Mit Decl. vom 9. Mai 1690 (Weing. Nr. 452), daß nach abgelaufenen termino praefico, ipso limine die Anbringen abzuweisen, und der Executionszug zu eröffnen ist. Das Hofrescript vom 30. Dez. 1694, Revisions-Moratorium betreffend. — Vom 16. Sept. 1696, daß der terminus zur Appellation und Revisionsvollziehung nicht mehr a die insinuationis, sondern a die Resoluti et expediti decreti zu laufen habe. — 16. Sept. 1698 (Weing. Nr. 563) zur Hintanhaltung der Dilationes. — 4. Febr. 1710 Weing. Nr. 672), daß die termini ad appellandum ein tempus continuum seien u. s. w.

[n] Dieß wurde am 17. Sept. 1647 (Weing. Nr. 122) 7 und 8. Juni 1648 (Weing. Nr. 131) und 13. Juni 1708 (Weing. Nr. 643) bestättiget und näher auseinandergesetzt.

Durch Patent vom 30. Jänner 1670 (Weing. Nr. 253) wurde jedoch erklärt, daß pendente revisione der letzte Grad der Execution nicht vorgenommen werden dürfe, um jene Verwirrungen hintan zu halten, die aus einer Retractirung des Dominii entstehen, und daß ebenso auch der unehrliche Steckbrief nicht erlassen werden dürfe.

dem Gut und keine Possession gibt (G. XII.) Binnen 4 Wochen nach Zustellung des Zwod soll der Geklagte erklären, ob er die Einführung annehme oder nicht (G. XIII). Thut er binnen 4 Wochen nichts, so kann ein Wehrlos-Brief (List Oberanny), wodurch einer seines Besitzes und Gewähr entsetzt wird, verlangt werden, dieser ist in die Gedenktafel einzuschreiben, und soll der Prager Burggraf den Gewinner durch einen Gerichtsabgeordneten in den Besitz des Gutes weisen, und zwar nöthigenfalls mit Gewalt (G. XIV—XV).

Da eine Summe Geldes binnen 14 Tage nach dem Urthel oder erstandenen Recht nicht gezahlt wird, kann Umluwa und Zwod auf oberwähnte Art begehrt werden (G. XVI—XVII). Vier Wochen nach dem Zwod kann sohin die Abordnung eines Kämmerlings zu der ersten Panowány oder Beherrschungsrecht, so doch das dominium nicht ändert, und nach weitern 14 Tagen kann ein Abschätzungsbrief begehrt werden, der auf 4 Wochen zu ertheilen ist° (G. XVIII). Dawider ist binnen 14 Tagen Widerspruch bei dem Oberstburggrafen gestattet, über welchen eine Tagsatzung auf 14 Tagen angeordnet wird, bei der jedoch keine Einwendungen angenommen werden, die entweder schon früher angebracht wären, oder die nicht binnen 14 Tagen erwiesen werden können (G. XIX). Unterliegt hiebei der Einsprechende, so hat er den Kläger $^1/_5$ des schuldigen Capitales als Strafe zu zahlen (G. XX). Finden sich genügende Fahrnisse vor, so sollen sie dem Gläubiger um ihren Marktpreis insolutum gegeben werden (G. XXI). Schlechte oder nicht marktgängige Fahrnisse anzunehmen ist jedoch der Gläubiger nicht schuldig, sondern soll der Kämmerling mit Zuziehung von Sachkundigen das Gut schätzen, den Gläubiger nach Höhe seiner Schuld darein führen und die Unterthanen zum Gehorsam anweisen (G. XXII). Durch 8 Wochen steht sohin dem Schuldner frei, das Gut auszulösen, oder versteigern zu lassen; hierauf sollen ihm noch 14 Tage zum letzten Panowany gegeben werden; nach deren Verstreichung ist die letzte Panowany und Ertheilung des Eigenthums an die Gläubiger durch einen Kämmerling vollziehen zu

° Da Gläubiger zuweilen nach erwirkten Abschätzungsbrief die Execution nicht weiter fortsetzen und hiedurch andere Gläubiger hinderten ihrerseits die Execution zu führen, wurde am 21. Oktober 1647 (Weing. Nr. 123) verordnet, solchen Gläubigern einen peremtorischen Termin von 4—8 Wochen zu bestimmen, binnen welchen sie die Execution so gewiß bis auf den äußersten Grad fortsetzen sollten, widrigens sie ihrer durch die Execution erlangten praerogativa ipso facto verlustig sein, und die Execution dem nächsten Gläubiger, der sie ansuchen würde, ertheilt werden solle.

lassen (G. XXIII). Der Burggraf hat nöthigenfalls Assistenz zu leisten (G. XXIV). Auf Güter, die nicht eigen, sondern nur verschrieben sind, kann die Execution nicht weiter gehen, als sich das Recht des Condemnirten erstreckt (G XXVI).

Wer diese Executionsarten nicht führen will, kann einen Steckbrief (Zatikac) ausbringen (dardurch einer bei Verlust der Ehr gesteket, oder verbunden wird, entweder zu bezahlen, oder sich in's Gefängniß zu stellen G. XXVIII). Der Steckbrief ist dem Gesteckten, wo er immer betreten wird, zuzustellen; er hat sich bei Treu und Glauben zu verbinden, daß er sich binnen 2 Wochen dem Prager Burggrafen stellen werde (G. XXIX). Letzterer hat ihn in den schwarzen Thurm zu sperren, und bis zur Zahlung oder Stellung guten Bürgschaft dort zu halten (G. XXX). Der Gläubiger kann auch den Steckbrief einstellen, und den Executionsprozeß führen, worüber der Gesteckte loszulassen ist (G. XXXI) und umgekehrt kann der Gläubiger auch vom Executivprozeß ablassen und einen Steckbrief ausbringen (G. XXXII).

Wer sich binnen 14 Tagen nach erhaltenem Steckbrief nicht stellt, soll dazu erinnert werden, und soll er binnen 3 Wochen die Ursachen seines Ausbleibens rechtfertigen, widrigens wider ihn ein unehrlicher Steckbrief erlassen, ihm nicht ferner getraut, er in die Dalibork gesetzt, und aus derselben (außer mit Einwilligung des Gegners) vor völliger Zahlung nicht gelassen werden soll (G. XXXXIII). Die Wirkung des unehrlichen Steckbriefes in Ansehung des dadurch entzogenen Glaubens (welche früher lebenslänglich dauerte) erlischt erst nach völlig geleisteter Zahlung (G. XXXXIV).

In Ansehung der Mobiliarexecution kommen erst in den Novellen eingehendere Vorschriften vor, und zwar: der Schuldner soll eidlich seine Mobilien anzeigen (E. f. II), doch hat nicht er sondern der Gläubiger die Wahl darüber, welche Mobilien geschätzt werden sollen (III). Von dieser Wahl kann nicht abgegangen werden (IV). Wären aber die Mobilien nicht leicht verkäuflich, so ist der Gläubiger nicht verpflichtet sie anzunehmen; daß sie von solcher Art seien ist dann für erwiesen zu halten, wenn der Schuldner binnen 6 Wochen keinen Käufer für dieselben stellt (F. f. V). Sollten Gläubiger und Schuldner sich über den Werth der Mobilien nicht einigen, so soll der Executor sie schätzen lassen, und dem Gläubiger addiziren (VI), doch kann binnen 6 Wochen jeder Theil deren Feilbiethung verlangen; würden sie dabei nicht an Mann gebracht, so bleibt es bei der Adjecdication (F. f. VII). Will einer Forderungen seines Schuldners exequiren,

so kann er von der getroffenen Wahl nicht mehr abgehen: es wären denn die Forderungen nicht richtig, oder nicht leicht einzubringen, oder schon gezahlt (F. f. VIII). Hätte er aber einen solchen Schuldbrief Jahr und Tag bei sich behalten, so muß der Schuldner ihn nur dann zurück nehmen, wenn die Forderung schon gezahlt gewesen wäre. (F. f. IX).

Die damalige Form der Execution brachte eigenthümliche Cautelen mit sich. H. I—VI handelt von der „Verbürgung des Kämmerlings." „Der Exequent muß nämlich zuvor Bürgschaft auf 30 Schock Groschen bestellen, „daß er sich nirgends anderswo, auch nicht auf ein mehreres, will einführen lassen, als dieselbe Verschreibung lautet."

Aus H. VII „Vom Kummer und Arrest" guckt noch ein Rest mittelalterlicher Selbsthülfe heraus. „Wann vor diesem ein Unterthan, eines vom Herrn oder Ritterstand, oder einer Stadt Unterthanen etwas schuldig gewesen, oder sich in Bürgschaft eingelassen, und derselbe Gläubiger andere Leute auſſer des Schuldners oder Bürgen, aufhalten wollen; So ist es versehen gewesen, daß die Herrn die Städte und hinwieder die Städte die Herrn oder Ritterstandspersonen um die Hülf und Execution ersuchet, mit Benennung des Nahmens, wider den die Hülfe gesuchet worden, auch Ausführung der Ursachen, warum solches geschehen, und fernerm Begehren, daß innerhalb Vierzehn Tägen von dato des Ersuchungsschreibens ihm solche Hülf ertheilt werde: Und da der Schuldner oder Bürge die Schuld nicht in Abrede seyn können; So ist der Herr wider seinen Unterthanen, oder der Rath in Städten wider ihren Mitbürger innerhalb erwähnter 14 Tagen zu verhelfen, oder aber denselbigen Schuldner herauszugeben schuldig gewesen: Wann aber in obgesetzter Weise nicht verholfen, oder auf dergleichen Schreiben innerhalb derselben Zeit keine Antwort gegeben worden; So hat der Gläubiger gut Fug und Recht gehabt, andere desselben Herrn, oder derselben Stadt (darunter der Schuldner gehörig) Unterthanen oder Mitbürger, wegen nicht geleisteter Hülf zu arrestiren, und zu bestricken.

Wie nun auf obberührte Ersuchungsschreiben die Hülf nicht unbillig erfolget ist; also lassen Wir es auch nochmals darbey gnädigst verbleiben."

Der Kenner des heutigen österr. Prozesses sieht deutlich den Einfluß dieser Landesordnung auf die Josefinische Gerichtsordnung und um so deutlicher, wenn man den niederösterr. Landtafelprozeß damit vergleicht.

(Fortsetzung folgt.)

VI.

Zur Theorie des Besitzes.

Vom Herrn Dr. Josef Ritter von Helm, k. k. Landesgerichtsrathe.

II. Artikel*).

§. 11. Rechte des Besitzes.

Das Wichtigste in der Theorie des Besitzes, weshalb auch die durch das römische Recht geschulten Praktiker dieselbe für unentbehrlich halten und unsere Ansicht, welche eine entschiedene Negation des Besitzes als eines juridisch Selbstständigen und als einer Quelle von Rechten enthält, verdammen werden, — sind die sogenannten Rechte des Besitzes, eigentlich Rechte des Besitzers als solchen, Rechte, welche sich aus dem Wesen und Begriffe des Besitzes ergeben sollen. Diese Rechte des Besitzes lassen sich auf folgende zurückführen:

1. Der Besitzer kann zur Angabe seines Titels (außer gewissen positiven, daher nicht hieher gehörigen Ausnahmsfällen) nicht aufgefordert oder verhalten werden, er hat die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich (§. 323 b. G. B.);

2. der Besitzer kann, wenn er ein redlicher ist, und dafür ist die Vermuthung (§. 328 ebdf.), schon allein aus dem Grunde seines Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch vertilgen, ihm gehören alle aus der Sache entsprungenen und von derselben schon abgesonderten Früchte und alle anderen schon eingehobenen fälligen Nutzungen, er hat auch den Anspruch auf Ersatz des in die Sache gemachten Aufwandes (§§. 329—334 ebdf.);

*) Vergl. XIII. Bd., S. 265 ff.

3. der Besitzer hat, der Besitz mag von welch' immer Beschaffenheit sein, das Recht, jede Störung durch den Richter einstellen zu lassen und den Zuspruch des Ersatzes alles erweislichen Schadens, nach Umständen vollständige Zurückersetzung in die vorige Lage (§. 346 ebdſ.) zu fordern (§. 339 ebdſ.), ja wenn die richterliche Hilfe zu spät käme, die Gewalt mit Gewalt abzutreiben, sich eigenmächtig im Besitze zu vertheidigen und zu schützen (§. 344 ebd.);

4. der Besitzer kann als solcher die Sache oder das Recht, das er besitzt, ungeachtet die rechtlichen Bedingungen zur Erwerbung nicht, oder doch nicht vollständig vorhanden sind, ja ungeachtet dabei fremde Rechte verkürzt, sogar aufgehoben werden, erwerben, er kann die Sache, oder das Recht (richtig natürlich immer nur ein Recht) ersitzen*).

Wenn man die Bestimmungen irgend eines Gesetz-Codex über den Besitz, oder ein wissenschaftliches Werk über diesen Gegenstand durchgeht, so sind dieß die Rechte, welche dem Besitze entspringen und wegen welchen die ganze Theorie des Besitzes des Breitern behandelt wird. Gelingt es zu zeigen, daß diese Rechte keine specifisch einheitliche Grundlage, wenigstens nicht jene in dem faktischen Verhältnisse des Besitzes haben; so wird kein weiterer Beweis nöthig sein, daß die Theorie des Besitzes keine Berechtigung habe, eine selbstständige, zumal eine so wichtige Stellung einzunehmen, wie ihr solche bisher eingeräumt wurde.

§. 12. ad 1. Der Besitz hat die Vermuthung eines giltigen Titels.

Daß der Besitzer, beziehungsweise Jener, welcher ein Recht ausübt, nicht aufgefordert werden kann, den rechtlichen Grund anzugeben, aus welchem er besitzt, — ist im Allgemeinen richtig, wenn damit nur so viel gemeint ist, daß derjenige, welcher ein Recht auszuüben scheint, über fremdes Verlangen wohl sich als der Berechtigte unzweifelhaft erklären muß, nicht aber verpflichtet ist, sich über die Art und Weise, wie, wann und woher er sein Recht erworben, auszusprechen. Gewöhnlich wird wohl schon durch die Ausübung des Rechtes jedem Dritten klar, daß und welches Recht ausgeübt wird und werden soll; ist dieß nicht der Fall, so muß die Erklärung hierüber dazu kommen, wenn der das Recht Ausübende gegen

*) 4. Hptst. des III. Thls. des a. b. G. B.

alle Angriffe geschützt bleiben will. Die Berufung auf das Recht genügt, aber sie ist nothwendig. Es ist wohl wahr, daß derjenige, welcher ein Recht ausübt, an sich selbst zu einer ganz einfachen Aeußerung über sein Recht nicht verhalten werden, daß er sich, selbst im Rechtswege belangt, mit einfachen Widersprüchen vertheidigen kann; aber vollends wird dieß nicht ausreichen, weil er leicht erfahren könnte, daß sein Anspruch für schwächer, als jener des Gegners und Angreifers gehalten wird, sobald er für sich Nichts, als den faktischen Besitz vorzuführen vermag; derjenige, der den ein Recht als sein eigenes Ausübenden vor dem Richter angreift, sorgt zuvor wenigstens für Beischaffung von Scheingründen, welche das Recht auf seiner Seite glaublich machen können, — welchen gegenüber der Besitzer genöthigt sein wird, die richtigen, oder haltbaren Gründe seines Rechtes anzuführen. Wenn aber dieß nicht eintreten sollte; der Geklagte muß sich selbst wenigstens als Besitzer erklären und dabei anführen, daß, was und wie er besitze. Schon früher wurde gezeigt, daß aller Besitz in rechtlicher Beziehung als Ausübung eines Rechtes anzusehen und der Besitzer, wenn er sich auf den Besitz beruft, nothwendigerweise, wenigstens implicite, erklären muß, welches Recht er ausübt und ausüben will. Das Recht, welches er ausübt, muß also der Besitzer, — wenn nicht privativ und freiwillig, über gerichtliche Aufforderung jedenfalls angeben, sich darüber erklären. Es genügt nicht, zu sagen, er übe das Recht aus, — denn das wäre in den meisten Fällen ganz überflüßig, da das Verhältniß des Besitzes denn doch wenigstens in der Regel für jeden das fisische Wahrnehmungsvermögen Besitzenden wahrnehmbar ist, und nur das Recht, da dieses in mehreren seiner Arten, oder vielmehr Richtungen in der im Besitz gegebenen Aeußerung — übereinstimmt, oder wenn man so will, — mehrere, ja viele Rechte sich auf gleiche, oder doch sehr ähnliche Art äußern, zweifelhaft sein kann*). — Außer diesem aber, nämlich der Charakterisirung seines Benehmens, der Benennung des Rechtes, welches der sogenannte Besitzer ausübt, — zu einem Mehreren kann er an sich nicht verhalten werden, — insbesondere nicht zur Angabe der Art der Erwerbung des Rechtes, der Art, wie er zur Ausübung des Rechtes gelangt ist, so lange der Gegner nicht seinerseits Angaben macht und Beweise liefert, welche auf seiner Seite den

*) Wie stünde es wohl sonst mit der publicianischen Klage, die doch ein gegenseitiges Abwägen der Titel zuläßt, — wenn der Geklagte keinen angeben wollte?

Beſtand eines mit dem Beſitze auf der andern Seite unverträglichen Rechtes darthun; denn dann muß der Beſitzer auch die Art der Erwerbung ſeines Rechtes ausführen und darthun, weil ſich nur daraus das Recht ſelbſt erkennen läßt.

Abgeſehen von Allem ſind die Rechte, oder Arten, in welchen ſich das Recht äußern kann, ſo mannigfaltig und ihrem Begriffe nach unbeſtimmbar, daß ihr Charakter nur aus der Art des Erwerbes erkannt werden kann. Die Richtigkeit dieſer Behauptung wird nicht bezweifelt, wenn man erwägt, daß die wenigen Rechte, wie ſie bisher von Doktrin und poſitivem Geſetze behandelt werden, bei weitem nicht ausreichen, um die verſchiedenen Berechtigungen zu bezeichnen, welche durch das freie Uebereinkommen der Perſonen begründet werden können, ſo daß man Bedenken trägt, dem ſpeciellen Rechte einen der gangbaren Namen zu geben, da die Merkmale doch in weſentlichen Punkten verſchieden ſind. Doch ſelbſt, wenn man die Sache ganz einfach praktiſch nimmt und den Fall des Rechtsſtreites erwägt, gelangt man zu demſelben Reſultate. Der Kläger muß ſeinerſeits jedenfalls den Beſtand eines Rechtes behaupten und nachzuweiſen ſuchen, woraus von ſelbſt die Befugniß zur Ausübung desſelben folgt und womit die Rechtsausübung des Andern, des ſogenannten Beſitzers, unverträglich iſt. Wenn der Geklagte ſchweigt, oder den klägeriſchen Angaben bloße Widerſprüche entgegenſetzt, ſo muß er, wenn der Kläger den Beweis herſtellt, ſachfällig werden und dem Kläger den Beſitz abtreten. Seine Sache iſt es natürlich, wenn er ein wahres Recht ausübt, zu behaupten und zu beweiſen, daß ungeachtet der vom Kläger geführten Beweiſe ſein Recht den Vorzug verdient, daher geſchützt werden muß; der Geklagte wird dann nicht blos den Titel ſeines Beſitzes, er wird den Rechtserwerb vollſtändig aufklären und nachweiſen müſſen. Der Satz, daß der ein Recht Ausübende zur Angabe des Rechtsgrundes nicht verhalten werden kann, gilt daher nur ſo lange, als ein Anderer ſeinerſeits nicht ein gleiches Recht anſpricht und zu beweiſen ſucht. Dann iſt er aber eine ganz natürliche und ſelbſtverſtändliche Folge des allgemeinen Rechtszuſtandes, — ohne ein beſonderes Recht des Beſitzers ausſprechen zu wollen.

Man ſucht dieſes vermeintliche Vorrecht des Beſitzers (melior est causa possidentis), dieſen Schutz des Beſitzers aus der einfachen Natur des (mit der Eigenthumsklage) Geklagten im Proceſſe — als Proceßregel zu erklären, welche ſtets beim Beſitzer in den Vordergrund tritt, wenn es ſich um Geltendmachung eines Rechtes, ſo ein Anderer

ausübt, handelt*). Doch diese Erklärung ist ungenügend; denn eben denselben Schutz genießt der Besitzer auch, wenn er als Kläger auftritt. Auch ist damit die Sache in so ferne noch nicht erschöpft, als dieselbe Frage vom Besitzer auf den processuell Geklagten übertragen wird und der Schutz, oder die Geschütztheit des Letzteren wieder begründet werden muß, was eben nur aus dem ruhenden Wesen des Rechtszustandes möglich ist.

Man könnte hier vielleicht zur Unterstützung ein besonderes Recht, das Recht auf Unbescholtenheit anrufen, um die Rechtslosigkeit, oder Unberufenheit jeder an den ein Recht Ausübenden zu stellenden Aufforderung zur Rechtfertigung seines Thuns zu erklären. Dieß wäre aber nicht richtig, weil wieder aus einer unnützen und nicht zu rechtfertigenden Spaltung des Rechtes, des immer und wesentlich Einen Rechtes hergeholt und überdieß auch überflüßig. Derjenige, der ein Recht ausübt, darf darin nicht gestört werden, so lange nicht der Abgang des Rechtes dargethan wird, — weil er es ausübt, nicht weil er auf einer Sache sitzt, eine Sache besitzt, sondern weil er in einer Art thätig erscheint, welche nichts anders, denn als Ausübung eines bestimmten Rechtes angesehen werden kann, und weil ihn Niemand stören darf, bleibt er von selbst in der ruhigen Ausübung des Rechtes, so lange er dieselbe eben fortdauern lassen will. Daß ihn aber in der Ausübung des Rechtes Niemand stören kann, ist eine ganz einfache Folge der richtig verstandenen Natur des Rechtes und des Rechtszustandes überhaupt, als eines Zustandes der Ruhe, welchen Niemand stören darf, so lange er nicht darthut, daß die Thätigkeit eines Andern, die von demselben herbeigeführte Bewegung, oder Aenderung der ruhenden Sphäre der Rechtsobjekte — sein Recht stört oder beeinträchtigt. Das Recht ist, wie schon bemerkt, objektiv wesentlich nur Eines; es ist dieß aber bei jedem einzelnen Rechtssubjekte und darum subjektiv so vielfach, als die Rechtssubjekte. Das Rechtssubjekt als solches, als Person, schafft sich selbst oder durch Andere in dem rechtlich Freien die Sphäre für sein Recht, und die ruhige Coexistenz der Rechtssphären aller Rechtssubjekte neben einander ist der Zustand, der dem Wesen des Rechtes zunächst entspricht. Jede Bewegung darin, ein Heraus- und Hineingreifen aus einer und in die andere dieser Sphären ist nur mit gegenseitiger, freilich ausdrücklicher, oder stillschweigender Zustim-

*) So Savigny im früher c. W. §§. 3, 4, obwohl er es mit Recht aus den Rechten des Besitzes ausscheidet.

mung der Betheiligten vernünftig möglich; denn die Thätigkeit eines Subjektes innerhalb des fremden Kreises enthält an sich eine Negation des fremden Rechtes, ist selbst rechtlos. Jedes Rechtssubjekt ist nach der Natur der Sache nach Außen, d. i. über die Grenzen seiner Sphäre hinaus, wenn und so lange es die freiwillige Eröffnung der fremden Rechtssphäre nicht erwirkt, zur Ruhe verpflichtet. Aus diesem Allen ergibt sich die Unantastbarkeit des ein Recht Ausübenden von selbst. Derjenige, welcher ein Recht ausübt, d. h. sich derart benimmt, als hätte er ein bestimmtes Recht, welches er eben ausübt, — hat seine Rechtssphäre bis dahin ausgedehnt und der allgemeine Rechtszustand fordert, daß es dabei bleibe, daß Niemand diese Ruhe störe. Ohne daß die Rechtsausübung an sich irgend einen rechtlichen Charakter hätte, ohne daß es nöthig ist, auch nur irgend welche besondern Befugnisse mit der Rechtsausübung verknüpft zu denken und den das Recht Ausübenden vor Jemand Andern bevorzugen zu wollen, oder zu dürfen, steht auf Seite aller Andern die Pflicht fest, den ruhenden Rechtszustand nicht zu stören, so lange sie nicht darzuthun vermögen, daß der das Recht Ausübende das Recht nicht hat, zur Ausübung desselben nicht befugt ist, sondern ein fremdes Recht, oder ein Recht ausübt, das ein Anderer auszuüben befugt ist, weil es ihm gebührt. In der Verkehrung dieser Anschauung, in der Versetzung der Begriffe von Recht und Pflicht bei ihrer praktischen Anwendung auf die Coëxistenz-Verhältnisse liegt der Grund der gegentheiligen Ansicht. An und für sich ist Recht und Pflicht stets gleichzeitig, keines war vor dem andern, beide müssen stets zugleich gedacht werden. Aber in der Anwendung auf die wirklichen Verhältnisse der Coëxistenz der Personen modificirt sich dieses Princip in so ferne, als hier Pflichten nicht blos dort angenommen werden müssen, wo ein Recht ist, sondern selbst dort, wo ein Recht zu sein scheint, ein Recht ausgeübt wird, weil der Grundcharakter des Rechtszustandes jener der allgemeinen Ruhe ist, und jede Störung dieser Ruhe nur wieder in dem Rechte selbst seinen Grund haben kann. Hierauf beruht die Unverletzbarkeit dessen, der ein Recht ausübt, oder auszuüben erscheint, — des sogenannten Besitzers, und nur ein Ausfluß hievon ist es, daß dieser Besitzer zur Angabe des Grundes seiner Rechts-Ausübung, der Art, wie er das derselben zu Grunde liegende Recht erlangt hat, nicht verhalten werden kann, so lange nicht Beweise für ein widersprechendes fremdes Recht geliefert werden. Ohne ein besonderes Recht, wie gewöhnlich geschieht, in Anspruch zu nehmen, ergibt sich aus dem Gesagten für den, der ein Recht ausübt, die Ver-

muthung eines sogenannten giltigen Titels insofern von selbst, als Jeder, der diese Rechtsausübung aufhören machen lassen will, auf seiner Seite den Bestand eines Rechtes beweisen muß, womit die Rechtsausübung des Andern unverträglich, die daher eine bloß scheinbare Rechtsausübung, also Rechtsanmassung ist. Der ruhende Rechtszustand ist ein Gegebenes, eine natürliche Annahme, oder wenn man will, — Vermuthung ist dafür, daß sich dieser Zustand durch die ebenmäßige Nebeneinanderlagerung der einzelnen Rechtssphären der Coëxistirenden herausgebildet hat; denn es ist nicht der geringste Anhaltspunkt zur Annahme des Gegentheils vorhanden. Jede Aenderung muß einen Grund haben, weil logisch nichts ohne zureichenden Grund angenommen werden kann; derjenige muß den Grund angeben und nachweisen, der die Aenderung anstrebt. Die berührte Vermuthung kann somit dahin ausgesprochen werden, daß Jener, welcher ein Recht ausübt, insolange auch als wirklich berechtigt angesehen werden muß, bis das Gegentheil bewiesen wird, ohne daß jedoch hierin ein besonderes, aus der Rechts-Ausübung, aus dem Besitze fließendes Recht, ein Vortheil des Besitzes als solcher angesehen werden müßte.

§. 13. ad 2. Rechte des redlichen Besitzes.

Das weitere Besitz-Recht beschränkt Gesetz und Doctrin auf den sogenannten redlichen Besitzer, nach der schon angegebenen, der praktischen Anwendung angepaßten Definition auf denjenigen, welcher sich für berechtigt hält und nicht nach den Umständen daran zweifeln muß. Schon früher wurde gesagt, daß die gesetzliche Ausdrucksweise durchaus nicht genau sei, und Zweifel zulasse. Zur Redlichkeit des Besitzes fordert das Gesetz Wahrscheinlichkeitsgründe für das Recht, — zur Unredlichkeit das Bewußtsein, oder die nothwendige, sich aufdrängende Vermuthung der Rechtslosigkeit, — also Wahrscheinlichkeitsgründe für den Rechtsabgang. Zwischen beiden diesen steht aber noch der Mittelzustand des Zweifels, welcher auf keiner Seite, weder für die Berechtigung, noch für den Rechtsabgang überwiegende Gründe entdecken kann, sich daher für keines entscheidet, sondern es bei dem Zustande bewenden läßt, der sich von selbst, oder darum, weil von keiner Seite ein Einwand angeregt wird, herausgebildet hat. Dieser Zustand ist im Gesetze nicht besonders berücksichtigt; die Vermuthung ist jedoch im Zweifel für die Redlichkeit des Besitzes, welcher Satz sich wol, ohne daß die positive Gesetzbestimmung nöthig wäre (§. 328 a. b. G. B.),

aus der Natur der Sache ergibt. Die Unredlichkeit muß dem Beſitzer nachgewieſen werden. Wenn nun zur Unredlichkeit das direkte Wiſſen, oder die Nothwendigkeit der Vermuthung des völligen Rechts-Abganges erforderlich iſt (§. 326 a. b. G. B.); ſo wird wol auch der Fall des Zweifels auf Seite des Beſitzers nicht als Unredlichkeit angeſehen werden können. Die Unredlichkeit muß im Falle des Rechtsſtreites bewieſen werden, wobei ſich der Richter an ſämmtliche Umſtände des Beſitzes zu halten hat. Dieſe Umſtände ſind die objektive Grundlage, auf welcher die Ueberzeugung des Beſitzers beruht und aus welchen der Richter die Beſchaffenheit dieſer Ueberzeugung, des Bewußtſeins, zu beurtheilen hat, — ob nämlich der Beſitzer ſich bewußt, überzeugt iſt, der Gegenſtand, den er beſitzt, ſei der ſeinige, oder er gehöre einem Andern, richtiger geſagt, das Bewußtſein, das Recht, welches er ausübt, gebühre ihm oder nicht. An und für ſich entſcheidet die objektive Beſchaffenheit des Beſitzes, ob er nämlich der Ausfluß eines Rechtes iſt, oder nicht, keineswegs; denn das Geſetz läßt die Redlichkeit des Beſitzes auch durch einen Irrthum in Thatſachen, wie durch Unkenntniß der Geſetze begründen, wobei der Mangel des Rechtes vorausgeſetzt wird. Daß nach dem Geſetze die Redlichkeit des Beſitzes durch einen Irrthum in Thatſachen und Unkenntniß der Geſetze begründet werden kann, iſt deutlich ausgeſprochen und kann darum nicht bezweifelt werden; allein ſoviel erkennt die Doctrin, daß dieß ohne alle Beſchränkung nicht gemeint ſeie, daß nicht jeder Irrthum und jede Unkenntniß des Geſetzes entſchuldigen kann. Der Irrthum in Thatſachen, oder die Unkenntniß des Geſetzes müſſen, meint man, entſchuldbar ſein, d. i. auf wahrſcheinlichen Gründen beruhen und nicht aus einer auffallenden Sorgloſigkeit hervorgegangen ſein, während ein geringes Verſchulden die Redlichkeit nicht aufhebt; die auffallende Sorgloſigkeit findet man in der Nichtanwendung der gewöhnlichen Aufmerkſamkeit, welche zur Erkenntniß des wahren rechtlichen Verhältniſſes geführt hätte; dadurch, daß dem Beſitzer Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Beſitzes entſtehen, wird, weil ſonſt der Bedachtſame gegen den Leichtſinnigen härter gehalten wäre, die Redlichkeit aufgehoben*).

Das Geſetz ſpricht ſich darüber nicht näher aus und läßt der Auslegung freies Feld. Aber ſchon der §. 2 desſelben Geſetzes be-

*) Vergl. Stubenrauch bereits c. W., S. 625, 2 und 3.

stimmt, daß sich mit der Unkenntniß (oder Unwissenheit) eines gehörig kundgemachten Gesetzes Niemand entschuldigen darf, was wol nur den Sinn haben kann, daß derjenige, welcher ein Gesetz nicht zu kennen, oder unrichtig aufgefaßt zu haben behauptet (Unkenntniß oder Irrthum), mit dieser Behauptung nicht gehört, dieser Umstand nicht berücksichtiget wird, daher der Unwissende oder Irrende daraus weder Rechte ableiten, noch die Freiheit von Verpflichtungen ansprechen kann, welche ihm, z. B. als Verletzer fremden Rechtes, auflasten. Wenn sich z. B. Jemand für Unterhandlung eines Ehevertrages gegen §. 879 a. b. G. B. etwas bedungen hat oder versprechen ließ, so kann er dieses nicht fordern; oder wenn eine kinderlose Witwe gegen die Bestimmung des §. 758 den ganzen ehegattlichen Nachlaß als ihr Eigenthum behandelt, so müßte sie den ihr Recht geltend machenden ehegattlichen Verwandten vollen Ersatz leisten. Auf gleiche Weise sollten hier die gesetzlichen Bestimmungen über das „Recht des Schadenersatzes" berücksichtigt werden. Jeder aus Verschulden zugefügte Schaden im Gegensatze zum bloßen Zufalle, welcher Jenen trifft, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet hat (§. 1311 a. b. G. B.*), verpflichtet zum Ersatze. Verschulden nennt das Gesetz nicht nur die böse Absicht, sondern auch die schuldbare Unwissenheit und den Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes (§. 1294 d. G. B.), d. i. einer Aufmerksamkeit oder eines Fleißes, welche bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden können (§. 1297 ebds.) Der Schaden, welchen Jemand ohne Verschulden, oder durch eine unwillkürliche Handlung verursacht hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig (§. 1306 a. b. G. B.). Die Vereinbarung der Theorie vom redlichen Besitze mit §. 2 d. G. B. will man dadurch erreichen, daß man die Bestimmung des §. 326, wienach man aus Unkenntniß des Gesetzes redlicher Besitzer sein kann, einfach als eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des §. 2 erklärt**). Es ist dieß unstreitig die leichteste Art, unverträgliche Gesetzbestimmungen in Einklang zu bringen, wenn nur dabei nach den richtigen Auslegungsregeln vorgegangen wird. Die Unkenntniß des Gesetzes (wozu wol mit derselben Berechtigung der Irrthum im Verständniße des Gesetzes gezählt werden muß) ist eine höchst gefährliche Thatsache, wenn ihr ein Einfluß auf die Verantwortlichkeit der Per-

*) Nach der bisher allgemeinen Ansicht.
**) Vergl. Stubenrauch o. c. B. S. 67, 6.).

sonen für ihre Handlungen eingeräumt wird. Die Richtigkeit des Vorganges, wienach bei Prüfung der Redlichkeit des Besitzes, wenn schon eine solche rechtlich berücksichtigt werden will, dann bei Feststellung eines zum Schadenersatze verpflichtenden Verschuldens — die Haltbarkeit der Gründe, vermöge welcher der Besitzer sich für berechtigt halten konnte oder mußte, ungeachtet er es nicht ist — dann der Gründe, aus welchen sich ergeben soll, daß der Beschädiger all' seine Fähigkeiten, Aufmerksamkeit und Fleiß zur Verhütung der Beschädigung erschöpft hat, vom Richter untersucht und entschieden werden soll, läßt sich kaum anzweifeln. Soll aber auch die Gesetzunkenntniß einbezogen werden, dann muß der Richter die Natur der Gesetze untersuchen und prüfen, ob der Besitzer wirklich in Unkenntniß des betreffenden Gesetzes gewesen und darin ungeachtet Aufbiethung all' seines Fleißes und seiner Aufmerksamkeit geblieben sein konnte, offenbar aber auch, ob dieses oder jenes Gesetz mehr oder minder von Natur einleuchtend, selbstverständlich, oder mehr positiver Natur und nur besonderen Fähigkeiten oder Kenntnissen zugänglich sei? Diese Untersuchung wird wol auf große Schwierigkeiten stoßen, besonders, wenn man erwägt, wie sehr die positiven Satzungen des alten römischen Rechtes alle Rechtsbegriffe beherrschen und die verschiedenen Vernunftrechtslehren im Wesen nur Commentare des römischen Rechtes sind, welche dieses aus vernünftigen Prinzipien zu begründen und zu erklären suchen.

Auch wird die Strenge des Richters in dieser Beziehung stets im umgekehrten Verhältnisse mit dem Umfange der positiven Gesetzgebung stehen und bei einem nur halbwegs größeren Umfange der Letzteren auf Null herabsinken. Dann aber hat alles Recht, alle Rechtssicherheit aufgehört, zumal, als dazu auch noch die Entschuldigung der Unkenntniß oder des Irrthums in Thatsachen kommt.

Wenn jeder Andere meine Eigenthumsobjekte in Besitz nehmen, damit nach Belieben verfügen, und von aller Verantwortung freibleiben kann, sobald er nur nachträglich eine Gesetzunkenntniß, oder sonst einen Irrthum glaubhaft macht, so hat mein Eigenthumsrecht schon aufgehört. Oder wird man mir Unrecht geben können, wenn ich erkläre, daß ich den vorgeblichen Irrthum, oder die Unwissenheit des Andern zugestehe, da ich mich nicht zum Richter über sein Inneres aufwerfen mag, jedoch unter allen Umständen volle Wiederherstellung meines früheren Rechtszustandes, rücksichtlich den Ersatz allen Schadens verlange? Oder wodurch soll mein Recht erloschen sein? Habe ich doch

den Irrthum, oder die Unwissenheit des Andern nicht herbeigeführt, aus welchem Grunde soll ich also die Folgen davon tragen? Wenn der Andere wirklich mit aller Sorgfalt und Achtsamkeit vorgegangen; so ist es ein Unglück, ein unglücklicher Zufall für ihn, aber dieses Unglück besteht nicht in der irrthümlichen Rechtsanmassung, denn diese kann wol nur als vortheilhaft für den Anmasser, somit als ein Glück für ihn angesehen werden, sondern in den unglücklichen Folgen desselben, daß er nämlich den durch seine Unkenntniß angerichteten Schaden ersetzen muß. Ich bin dabei nach der Voraussetzung ganz frei von jedem Scheine eines Verschuldens, warum sollten mich die Folgen treffen?

Einen der wichtigsten, ebenso alten, als richtigen Grundsatz über die rechtlichen Folgen des Schadens spricht das allg. b. G. B. im §. 1311 aus; leider ist derselbe nicht consequent durchgeführt. Das Gesetzbuch sagt: „Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet." Nach richtiger Auslegung muß derjenige die Folgen verantworten, dessen Vermögen, oder Person der Zufall betroffen hat. Ueberkommt mich z. B. (natürlich unverschuldet) eine Ohnmacht und ich falle in einen Glasauslagkasten, dessen Inhalt zertrümmert wird, so habe ich den Glashändler zu entschädigen; denn die Ohnmacht ist der Zufall, der doch nur mich betroffen hat; das Zertrümmern ist kein Zufall, sondern eine ganz natürliche Folge des Hineinfallens.

Doch nur eine einzige Stelle in dem Gesetze bringt den Grundsatz in dem angedeuteten Sinne zur Anwendung, der §. 1155 a. b. G. B., nach welchem auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zu Stande gekommen sind, der bestellten Person eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn sie daran durch einen Zufall verhindert wird, der sich in der Person des Bestellers ereignet hat. Schon der Nachsatz des §. 1311, wodurch ausnahmsweise derjenige für ersatzpflichtig erklärt wird, der den Zufall durch sein Verschulden veranlaßte, denn alle Stellen, welche zur Anwendung des im §. 1311 ausgesprochenen Grundsatzes Gelegenheit bieten, wie die §§. 686, 907, 911, 964, 1015, 1020, 1049, 1111, 1112 u. s. f., vollends aber der §. 1306, wornach der Schade, den Jemand ohne Verschulden, oder durch eine unwillkürliche Handlung verursacht hat, in der Regel nicht, sondern nur in gewissen, gesetzlich bestimmten Raumesfällen (§§. 1307—1310) zu ersetzen ist, belehren eines andern und zeigen, daß die Auslegung die richtigere ist, welche nach österreichischem Rechte die Ersatzpflicht

ſtets von einem Verſchulden des Erſatzpflichtigen abhängig macht. Soweit alſo, wie bei einer andern, als der angedeuteten Auslegung der Geſetzbeſtimmungen vom Schadenerſatz, gehen dieſe und jene über den redlichen Beſitz nicht auseinander und nur ſo viel ſteht feſt, daß nicht bloß böſe Abſicht, ſondern ſchon ein bloßes Verſehen, d. i. ſchuldbare Unwiſſenheit oder Mangel der gehörigen Aufmerkſamkeit, oder des gehörigen Fleißes, wie ſolche bei gewöhnlichen Fähigkeiten abgewendet werden konnte, erſatzpflichtig machen (§§. 1294, 1297 a. b. G. B.). Wenn nun wieder zur Unredlichkeit des Beſitzes die volle Kenntniß, oder doch die hohe, die Nothwendigkeit der Vermuthung begründende Wahrſcheinlichkeit des Rechtsmangels gefordert, und wenn der Irrthum in Thatſachen und die Unwiſſenheit der geſetzlichen Vorſchriften überhaupt und ohne alle Beſchränkung der Redlichkeit des Beſitzes nicht abträglich ſind (§. 326 ebdſ.); ſo beſteht zwiſchen den beiderſeitigen Beſtimmungen inſoweit ein Widerſpruch, als beim Beſitze, der, wie ſchon gezeigt, nichts anderes als die (ſcheinbare) Rechtsausübung iſt, nie weniger gefordert wird, als dort, wo das Geſetz von der Verantwortlichkeit überhaupt ſpricht. Die gehörige Aufmerkſamkeit und der gehörige Fleiß bei gewöhnlichen Fähigkeiten ſchließen ſchon einen gewiſſen Zweifel an der wirklichen Berechtigung, der von der Vermuthung der Rechtsloſigkeit noch weit entfernt iſt, — ebenſo weiter vielfache faktiſche Irrthümer, endlich den größten Theil der Geſetzunkenntniß aus. Und doch befreien nur jene von der Erſatzpflicht, während der Beſitz, bloß weil er redlich iſt, eine Fülle von Rechten und völlige Freiheit von Erſatzleiſtung begründet! Dieſer Widerſpruch iſt nicht wegzuleugnen und kann in der praktiſchen Anwendung nur dadurch behoben werden, daß der Richter bei Beurtheilung des Beſitzes und ſeiner Redlichkeit freilich ohne geſetzlichen Hinterhalt eine größere Strenge entfaltet und auf den Beſitzer dieſelben Grundſätze anwendet, welche von den ſtörenden Eingriffen in fremdes Recht überhaupt zu gelten haben.

Unſtreitig iſt die Theorie des ſogenannten redlichen und unredlichen Beſitzes dem ſtrengen Vernunftrechte fremd und wie die früher citirten Grundſätze durch das poſitive Geſetz aus Billigkeits- und politiſchen oder öffentlichen Rückſichten geſchaffen, um einerſeits die Sicherheit des rechtlichen Verkehres zu befördern, und andrerſeits um die eigene und ſelbſtſtändige Wachſamkeit der Einzelnen auf ihre Rechte zu erhöhen. Dieß mag aber Grund genug ſein, die Rechte des ſogenannten redlichen Beſitzes demnach möglichſt einzuſchränken, oder die bezüglichen Geſetzbeſtimmungen einſchränkend auszulegen.

Wir wollen hier dieſe Rechte des redlichen Beſitzes näher betrachten. Es iſt ſchwer einzuſehen, wie den Beſtimmungen des Geſetzes gegenüber, welches ausdrücklich von den Rechten des redlichen Beſitzes ſpricht (Rubr. z. §. 329 d. G. B.) und dieſe des Längeren auseinanderſetzt, vertheidigt werden will, der redliche Beſitzer habe als ſolcher kein Recht der Verfügung, er ſei bloß für ſeine Verfügungen nicht verantwortlich*). Nach unſerer Anſicht, welche der Theorie des redlichen Beſitzes jede höhere Berechtigung abſpricht, weil es ſelbe mit dem Weſen des Rechtes unverträglich findet, hat der redliche Beſitzer kein Recht; allein das poſitive Geſetz gibt ihm ſolches, wenn es den Beſitzer bloß darum, weil er redlich iſt, mit der keiner Verantwortung unterliegenden Verfügungsbefugniß ausrüſtet.

§. 14. A. In Betreff der Sache und ihrer Nutzungen.

Nach dem Geſetze kann der redliche Beſitzer a) die Sache nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen (§. 329 d. G. B.). Hierüber iſt nichts weiter zu ſagen, als was gegen das Weſen des redlichen Beſitzes überhaupt geſagt wurde. Nur eine Streitfrage ſei hier erwähnt, welche ſich gebildet hat, nämlich ob der eigentlich Berechtigte die durch den redlichen Beſitzer an der beſeſſenen Sache eingeräumten Pfand- und ſogenannten Dienſtbarkeitsrechte anerkennen, fortbeſtehen laſſen müſſe, oder als mit dem redlichen Beſitze miterloſchen anſehen könne? — Conſequent nach der Theorie vom redlichen Beſitze wäre das Erſtere, weil der redliche Beſitzer, wenn er ſelbſt ein Recht, insbeſondere das Recht hat, über die Sache beliebig zu verfügen, dieſelbe zu verbrauchen, auch befugt ſein muß, wirklich mit voller Rechtswirkung ſein Recht theilweiſe an Andere zu übertragen; denn es handelt ſich hier nicht um Losreiſſung einzelner Theile der Sache und Uebergabe an Andere, ſondern um Abtretung des Rechtes. Allein dieſe Conſequenz findet ſich im Geſetze nicht durchgeführt, ſondern die Anſicht angenommen, nach welcher derlei Rechte mit dem redlichen Beſitze mit erlöſchen (§§. 442, 1138 ebdſ.) und das iſt wohlgethan; denn damit ſind viele weitere Nachtheile abgewendet, welche ſonſt das Recht aus der Theorie des redlichen Beſitzes erleiden würde. In der That läßt ſich als das wichtigſte Argument gegen die widerſprechende

*) Vergl. Stubenrauch o. c. B., S. 657, 1.).

Anſicht wol der Grundſatz anführen, daß Niemand mehr übertragen kann, als er ſelbſt hat, der bloße, obgleich redliche Beſitzer daher auch nur den Beſitz, der natürlich je nach dem Bewußtſein des Beſitz-Nachfolgers wieder ein redlicher oder unredlicher, aber immer nur wieder blos ein Beſitz ſein wird und gleichzeitig mit den Anſprüchen des Vorbeſitzers deſſen, der das abgetretene Recht früher ausgeübt, übertragen kann und ſein Nachmann demjenigen weichen muß, der ein mit dieſem Beſitze unverträgliches Recht beweiſt und ſofort auch die Einräumung der vollen Ausübung dieſes Rechtes mit Beſeitigung aller fremden Einmengung fordert.

Nach dem Geſetze gehören weiter den redlichen Beſitzern b) alle aus der Sache entſpringende Früchte, ſobald ſie von der Sache abgeſondert worden ſind, — ebenſo alle anderen ſchon eingehobenen Nutzungen, ſofern ſie während des ruhigen Beſitzes ſchon fällig geworden ſind (§. 330 ebdſ.). Der redliche Beſitzer erwirbt das Eigenthum der aus der Sache erzielbaren Früchte oder Erzeugniſſe ſchon durch die Abſonderung und jenes der ſonſtigen Nutzungen mit der Einhebung, unter Vorausſetzung ihrer Fälligkeit. — Nach der richtigen Anſicht der Commentatoren iſt es gleichgiltig, ob die Früchte mit, oder ohne Bearbeitung hervorgebracht, ob ſie abſichtlich oder unabſichtlich abgeſondert wurden, d. h. behufs der Einſammlung von der Sache getrennt wurden, oder von ſelbſt (zufällig) ſich losgetrennt haben; in jedem Falle erwirbt der Beſitzer mit der Thatſache der Abſonderung das Eigenthum derſelben. Bei den Nutzungen, d. i. den ſonſtigen Vortheilen aus der Sache, im Gegenſatze zu den aus der Sache entſpringenden Erzeugniſſen, den Vortheilen, welche man für den den Andern geſtatteten Gebrauch der Sache gewinnt*), knüpft das Geſetz die Eigenthumserwerbung an die Bedingungen, daß ſie α) während des ruhigen Beſitzes, d. i. vor Zuſtellung der Klage auf Abtretung des Beſitzes, fällig wurden, d. i. daß die durch Geſetz oder Uebereinkommen zur Entrichtung beſtimmte Zeit bereits früher eingetreten war, dann β) daß ſie ſchon eingehoben, bezogen worden ſind; daher ausſtändige Beträge (Rückſtände) dem Beſitzer nicht gebühren.

Nicht nur, daß der redliche Beſitzer aus dem Grunde ſeiner Redlichkeit dem eigentlichen Berechtigten, der ſich nun als ſolcher legitimirt,

*) Vergl. Stubenrauch o. c. W., S. 660, 1.).

für die mit der Sache bisher getroffenen Verfügungen keinen Erſatz leiſtet, — er iſt weiter berechtigt, die ſchon abgeſonderten Früchte und bezogenen Nutzungen als ſein freies unbeſtreitbares Eigenthum zurückzubehalten, auch wenn ſie noch vollſtändig zurückgeſtellt werden könnten! Einen Grund für dieſe Eigenthumserwerbung gibt das Geſetz nicht an, und es muß dieſelbe als ein ganz beſonderes mit dem redlichen Beſitze verknüpftes Recht angeſehen werden. Die Commentatoren bemühen ſich, Gründe für dieſe Beſtimmung aufzufinden, welche ſie in der Schwierigkeit der Ausſcheidung bereits bezogener Früchte aus dem ſonſtigen Eigenthume des Beſitzers, in der Förderung der Sicherheit des Verkehres, endlich in einer verdienten Strafe des Eigenthümers für das ſchlechte Hüthen ſeines Beſitzes erblicken. Es ſind dieß durchwegs nur politiſche Gründe und es bleibt fraglich, ob dieſelben ausreichen, um eine ſo große Alterirung des Rechtes, Aufhebung desſelben zu rechtfertigen.

Es iſt dieß überhaupt eine Nachbildung des römiſchen Rechtes, das den Erwerb des Zuwachſes (accession) auf den bona fidei possessor, wie auf den Eigenthümer anwendet, daher das Eigenthum der Früchte im Momente der Entſtehung, ihren Beſitz durch bloße Abſonderung (separatio) erwerben läßt, weil es dafür hält, daß zur Entſtehung des Beſitzes an Theilen eines Ganzen die Apprehenſion von ſelbſt auf dieſe übergeht, ſo daß eine perceptio als eine neue apprehensio nicht nöthig iſt.

§. 15. B. Erſatzanſprüche.

Der redliche Beſitzer iſt weiter c) ſogar erſatzberechtigt gegenüber dem ſein Recht ſuchenden und beweiſenden Berechtigten; dem redlichen Beſitzer gebührt der Erſatz des an die Sache gemachten, zur fortwährenden Erhaltung der Subſtanz nothwendigen, oder zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen dienlichen, nützlichen Aufwandes, nach dem gegenwärtigen Werthe, jedoch nie über den wirklich gemachten Aufwand (§. 331 a. b. G. B.); von dem nur zum Vergnügen, oder zur Verſchönerung gemachten Aufwande wird ihm nur die dadurch bewirkte wirkliche Steigerung des gemeinen Werthes der Sache vergütet, falls er nicht vorzieht, den von der Sache ohne Schaden der Subſtanz trennbaren Theil des Aufwandes für ſich zurückzunehmen (§. 332 ebdſ.); den für die Sache gegebenen Preis kann der Beſitzer

in keinem Falle ganz, ſondern nur einen angemeſſenen Theil davon in dem Falle fordern, wenn er dem Eigenthümer dadurch einen erweislichen Nutzen verſchafft hat (§. 333 ebendſ.). Die nothwendigen, d. i. die behufs fortdauernder Erhaltung der Subſtanz der Sache, zur Verhütung ihres Unterganges, oder ihrer Verminderung unvermeidlichen Auslagen werden vom Geſetze in dieſer Beziehung den nützlichen, d. i. den zur fortdauernden Vermehrung der Nutzungen, d. i. der Nutzbarkeit dienenden gleichgehalten, und in allen Fällen nur nach dem gegenwärtigen Werthe und nie über den wirklich aufgewendeten Betrag vergütet. Stets wird die Erhaltung der Sache und ihre Zurückſtellung an den Berechtigten, rückſichtlich die Fortdauer der erhöhten Nutzbarkeit, vorausgeſetzt; ſonſt hat der Beſitzer keinen Erſatzanſpruch. Für die blos zum Vergnügen, zur Erhöhung der Annehmlichkeit der Sache gemachten Auslagen gebührt dem Beſitzer in der Regel kein, und nur ausnahmsweiſe ein Erſatz, falls und in wie ferne die Sache dadurch wirklich dem gemeinen Werthe nach gewonnen hat, und wird der Beſitzer dießfalls ſelten einen Erſatz erhalten, wenn die Werthſchätzung, wie natürlich, nach dem Ertrage oder den Nutzungen erfolgt, die die Sache abwirft, wobei bloße Annehmlichkeiten außer Betracht bleiben. Vorausgeſetzt wird weiter hier ein Aufwand in Betreff der Subſtanz der Sache ſelbſt, oder der Nutzungen, ſo ferne ſie dem Berechtigten zu erfolgen ſind; die Vergütung des Aufwandes zur Erzielung von Nutzungen, welche der Beſitzer behält, kann dieſer nicht fordern; eben ſo wenig den Erſatz der von der Sache entrichteten Schuldigkeiten, ſo ferne ſie aus den Erträgniſſen zu leiſten ſind; er braucht ſich aber auch dasjenige nicht an- oder abrechnen zu laſſen, was er durch die bezogenen Nutzungen gewonnen hat. Das die ganze Lehre von den Erſatzanſprüchen des redlichen Beſitzers durchdringende Princip ſoll der ſchon im alten Römer-Rechte (wenigſtens theilweiſe) zur Geltung gebrachte Billigkeitsſatz ſein: „daß ſich der Eigenthümer nicht mit fremdem Schaden bereichern dürfe“ *).

Nicht leicht mit dem Bisherigen vereinbar ſind die Beſtimmungen des §. 333 a. b. G. B. Den für die Sache gegebenen Preis kann ſelbſt der redliche Beſitzer nicht fordern, da, wie die Commentatoren ſagen, dem Eigenthümer nicht zugemuthet werden kann, ſein Eigenthum wieder zu kaufen; er kann aber eine angemeſſene Vergütung fordern, wenn er damit dem Eigenthümer der Sache dieſe zu deſſen erweislichem

*) Vergl. Stubenrauch, S. 666, 6.).

Nutzen rettet (obſchon er dieſe Abſicht nicht hatte, ja nicht gehabt haben durfte, da er ſonſt als unredlich anzuſehen wäre), weil ſich hier der Preis als ein nothwendiger Aufwand zur Erhaltung der Sache darſtellt*).

Anders iſt die geſetzliche Stellung des unredlichen Beſitzers. Er muß dem Berechtigten nicht nur die Sache ſelbſt mit allen durch den Beſitz erlangten Vortheilen, alſo mit allen, wenn auch ſchon bezogenen, oder abgeſonderten Nutzungen ohne Unterſchied herausgeben, ohne irgend einen Anſpruch auf Vergütung des für die Sache ausgelegten Preiſes (§. 333 b. G. B.), ſondern er muß auch die aus den Nutzungen weiter ſelbſt gewonnenen Vortheile und Nutzungen dem Eigenthümer übergeben; er muß dieſem ſogar jene Vortheile, welche derſelbe bei Fortſetzung ſeines Beſitzes erlangt haben würde, dann allen durch ſeinen Beſitz entſtandenen Schaden, und zwar im Falle der Beſitzerlangung durch eine im Strafgeſetze verbotene Handlung — bis zum Werthe der beſondern Vorliebe erſetzen (§. 335 ebdſ.); ihm dagegen gebührt nur der Erſatz des nothwendigen Aufwandes in dem Umfange, wie dem redlichen Beſitzer, des nützlichen Aufwandes, wenn er klar und überwiegend iſt, des zur Erhöhung der Annehmlichkeit gemachten aber nicht, jedoch unter Wahrung des Rechtes, das Wegnehmbare wegzunehmen (§§. 336, 1037, 1038 b. G. B.). So weit die geſetzlichen Beſtimmungen nach der Auslegung, wie ſie eben gang und gäbe iſt. Wenn man dieſe Rechte des redlichen Beſitzes, und beſonders im Entgegenhalt mit jenen des unredlichen näher erwägt, ſo zeigt ſich, daß ſich dieſelben vielleicht durch politiſche Rückſichten, nicht aber nach rechtlichen Grundſätzen rechtfertigen laſſen. Schon oben wurde der Redlichkeit des Beſitzes aus dem Grunde, weil Unwiſſenheit, oder Irrthum kein Recht geben, noch minder aber ein Recht nehmen, alle rechtliche Bedeutung abſprechen; aber ſelbſt abgeſehen davon laſſen ſich die bezüglichen Geſetzbeſtimmungen nicht rechtfertigen.

Aus dem bloßen Grunde der Redlichkeit iſt der redliche Beſitzer nach dem Geſetze berechtigt, die Sache nach Belieben zu gebrauchen, verbrauchen und zu vertilgen. Das Geſetz ſagt wohl nur: er kann dieß ohne Verantwortung thun, und die Commentaren wollen das Freibleiben von Verantwortung unterſcheiden von Berechtigung; allein praktiſch genommen kann mit beiderlei nur derſelbe Sinn verbunden werden, wenn man, wie es der Fall iſt, die Unverantwortlichkeit als eine

*) Vergl. Stubenrauch, o. c. B., S. 667, 1, 2.

bleibende, definitive und nicht blos provisorische denkt, welch' letztere die Verantwortung im Hintergrunde erblicken läßt. Oder warum sollte ich mich nicht für berechtigt ansehen, wenn ich nach Belieben handeln darf, ohne dafür verantwortlich zu werden? Da das Gesetz nicht unterscheidet und bei den aufgestellten Begriffen auch nicht unterscheiden kann, hat der redliche Besitz diese Rechte auch, wenn er noch so unrechtmäßig, ja selbst wenn er unecht ist, z. B. wenn der Besitzer die Sache unwissend von dem Diebe gekauft, und nachdem sie der Eigenthümer auf irgend eine Art zurückerhalten, diesem wieder mit Gewalt genommen! Wodurch ist das Recht des Eigenthümers auf die ihm gestohlene und dann geraubte Sache erloschen, — denn das ist es, wenn der redliche Dieb und Räuber darüber willkürlich bis zur Vertilgung ohne alle Verantwortung verfügen kann? Durch Nichts, als die Unwissenheit oder den Irrthum des Räubers! Eine solche Art der Rechts-Erlöschung hat das Gesetz ausdrücklich nirgends ausgesprochen, — das Unrichtige wäre zu klar. Die Commentatoren fühlen dieß, indem sie zwischen Unverantwortlichkeit für die Dispositionen mit der Sache und dem Rechte zur Verfügung mit der Sache unterscheiden wollen, aber vergebens; denn diesen Unterschied werden sie nie begründen.

Wenn die erwähnten Eintheilungen des Besitzes in recht- und unrechtmäßigen, redlichen und unredlichen, echten und unechten sämmtlich keine rechtliche Wichtigkeit und Richtigkeit beanspruchen können; so gilt dieses ganz besonders von jener des redlichen und unredlichen Besitzes. Was über die ganz provisorische Geltung des faktischen Verhältnisses der Rechtsausübung, des sogenannten Besitzes, hinausgeht, ist unberechtigt. Die faktische Rechtsausübung muß geduldet werden, so lange der Schein besteht und der vorgeblich Berechtigte nicht als unberechtigt entlarvt ist. Ist dieß erfolgt, dann hat diese Ausübung eines Unrechtes keinen Anspruch auf Anerkennung, und derjenige, der sich die Rechtsausübung angemaßt, muß dem Berechtigten in jeder Beziehung Ersatz leisten. Hat er sich nicht genügend vom Stande der Rechte, vom Umfang seiner und der fremden Rechtssphäre unterrichtet, oder ist er in einem Irrthume über Thatsachen, oder über gesetzliche Normen befangen; dann mag er die Folgen tragen, — nicht aber der, welcher durch diese Unwissenheit oder Irrthum in seinem Rechte gekränkt worden ist. Der Fall eines Verschuldens bleibt hier außer Frage, denn das Verschulden wird auch nach den bisherigen Vorschriften nicht geschützt. Aber von der weitesten Anwendung ist hier der

eben so alte, als wahre und mißdeutete Grundsatz: „Den Zufall hat jener zu tragen, d. h. denselben, oder eigentlich dessen Folgen zu verantworten, in dessen Person oder Vermögen er (der Zufall) sich ereignet," — Zufall hier in jenem weitern, allein praktischen Sinne genommen, wo er alle Ereignungen umfaßt, welche nicht als Wirkung der freien Willensäußerung einer Person erklärt werden können. Zufall umfaßt dann außer dem Zufalle im gewöhnlichen Sinne — dem reinen Naturereignisse, — auch alle sogenannten unwillkürlichen Handlungen, — Thätigkeitsäußerungen, die zwar von einem menschlichen Wesen herrühren, aber nicht in dessen freier Willensbestimmung wurzeln. Ein aus den Wolken niederfahrender Blitzstrahl gehört zu jenem, der Fall in Folge einer plötzlichen Ohnmacht zu diesem*).

Eine, wie vorausgesetzt, ganz unverschuldete Unkenntniß der Thatsachen, oder des Gesetzes, ein eben solches Vergessen, oder solcher Irrthum, deren Aeußerungen nach der bisherigen Doktrin zu den unwillkürlichen Handlungen gezählt werden, rechnen wir ebenfalls zu den Zufällen. Nur der von der freien Thätigkeit der Personen ganz unbeeinflußte Gang der Ereignisse hat bewirkt, daß eine gewisse Person von entscheidenden Thatsachen keine Kenntniß erlangte, oder selbe wieder vergessen konnte, oder in Irrthum gerieth und blieb; nur diese Unwissenheit, dieser Irrthum sind als Zufall anzusehen, nicht aber die Folgen von diesen, — daß nämlich der Unwissende, oder Irrende das Recht des Andern ignorirt und von irrigen Vorstellungen befangen, Handlungen sich erlaubte, welche eine offenbare Verletzung des fremden Rechtes enthalten, die er ohne diese Unkenntniß, oder Irrung ohne Zweifel unterlassen hätte. Daß ich, vorausgesetzt unverschuldet, eine fremde Sache für meine eigene halte, ist ein Zufall; daß ich aber in diesem Irrthume befangen, die fremde Sache als meine eigene behandle, ist kein Zufall, sondern eine in eigener Selbstbestimmung gegründete Ereignung, welche recht wohl vorauszusehen und zu berechnen war, daher ohneweiters mit allen Folgen durch mich vertreten werden muß. Damit ist die so große Berechtigung und Unverantwortlichkeit des redlichen Besitzers der rechtlichen Bedeutung entkleidet!

*) In sequ. pag.

**) Freilich wäre es besser, die sogenannten unwillkürlichen Handlungen nicht Handlungen zu nennen, weil diese gemeiniglich nur als freie Willensäußerungen gedacht zu werden pflegen; uns wenigstens scheint es sonderbar, zu sagen, A habe gehandelt, wenn er, von einer Ohnmacht überwältigt, fällt, und dabei im fremden Eigenthume Schaden anrichtet.

Noch klarer wird dieß, wenn die dem redlichen Beſitzer rückſichtlich der Früchte eingeräumten Rechte geprüft werden. Er erwirbt das Eigenthum der Früchte mit, d. i. im Augenblicke ihrer Abſonderung, — der Nutzungen mit ihrer Einhebung; es macht dabei keinen Unterſchied, ob die Abſonderung durch den Beſitzer abſichtlich zum Zwecke der Einſammlung, oder blos zufällig erfolgte, ob die Früchte durch Mühe und Anſtrengung des Beſitzers, oder ohne dieſe gewonnen wurden. In keinem Falle iſt der Eigenthümer berechtigt, deren Herausgabe zu fordern. Der Beſitzer kann ſie behalten, ſelbſt wenn er zur Herausgabe der Sache ſchon rechtskräftig verurtheilt wäre. Wenn man ſich nach all' dem Geſagten mit der Unverantwortlichkeit des Beſitzers in der Verfügung über die Subſtanz der Sache bereits verſöhnt hätte; hier ſtößt man neuerdings und auf eine größere Schwierigkeit. Der ſein Recht, ſein ausſchließendes Recht nachweiſende Eigenthümer erhält nach abgeführtem Proceſſe, und nachdem er dargethan, wienach ihm die Sache geſtohlen und nach der Hand vom gegenwärtigen Beſitzer vielleicht geraubt worden, — endlich wohl ſeine Sache, aber weder einen Erſatz für die ſchon verbrauchten, noch ſelbſt die bis nun noch nicht verbrauchten Nutzungen. Und doch verſchafft man ſich die meiſten Rechtsobjekte nicht, um ſie zu haben, — ſondern um ſie zu benützen! Oder wer wird wohl ein Grundſtück preiswürdig finden, wenn er von deſſen Nutzungen ausgeſchloſſen bleiben ſoll? Als Gründe für die Eigenthums-Erwerbung der Früchte von Seite des redlichen Beſitzers führen die Commentatoren an, daß die Auseinanderſetzung der gegenſeitigen Anſprüche zwiſchen Beſitzer und Berechtigten durch die Unterſcheidung abgeſonderter und nicht abgeſonderter Nutzungen ſehr erſchwert würde, daß ſonſt der Verſchwender vor dem Sparſamen begünſtigt wäre, daß der Berechtigte meiſt am Verluſte ſelbſt Schuld trage, endlich, daß ſonſt die Sicherheit des Verkehres ſehr gefährdet wäre, wenn der Erwerber Gefahr liefe, nebſt dem Verluſte des Preiſes auch die ſchon bezogenen Nutzungen als Zinſen des Kapitales zu verlieren*). — Dort, wo es ſich um eine dem praktiſchen Bedürfniſſe entſprechende Löſung eines in ſtrenger Durchführung der rechtlichen Principien auf die concreten Verhältniſſe entſtehenden Zweifels handelt, mögen derlei Gründe genügen; nicht aber da, wo der Verluſt eines Rechtes gerechtfertigt werden ſoll, welcher an die bloße Unwiſſenheit oder Irrung, wenn ſie zugleich mora-

*) Vergl. Zeiller's Komm., Bd. 2, S. 69.

lisch gut genannt werden muß, geknüpft wird. Die Schwierigkeiten in der Geltendmachung eines Rechtsanspruches sind nie ein Grund, diese Geltendmachung zu verwehren, denn es bleibt selbstverständlich immer Pflicht des Rechtsuchenden, seine Ansprüche, hier den Ursprung der angeblich von seiner Sache bezogenen Nutzungen zu beweisen. Auch sind die hier zu besorgenden Schwierigkeiten kaum geringer, als jene bei Auseinandersetzung der gegenseitigen Ersatz-Ansprüche, welche Theorie und Gesetz unter zum Theile sehr zarten Unterscheidungen zulassen. Die Begünstigung des Verschwenders vor dem Sparsamen ist eine Folge der unbegründeten Unverantwortlichkeit des redlichen Besitzers, aber eine natürliche Folge derselben und könnte sich darüber mit der trivialen Phrase begnügt werden: „consumta pro consumtis habentur" oder: „wo Nichts ist, hat alles Recht aufgehört." Eine Schuld des Eigenthümers am Verluste seines Besitzes läßt sich nicht wohl denken, man müßte denn den Berechtigten (abgesehen von den besonderen Fällen der Rechtsverjährung) verpflichtet halten, sein Recht bei Gefahr des Verlustes auszuüben. Dieß widerspricht dem Wesen des Rechtes, welches eben sowohl ausgeübt, als nicht ausgeübt werden kann.

Eben so nichtig ist der aus der Sicherheit des Verkehres und der Gefährdung desselben hervorgeholte Grund, welcher in der Besorgniß bestehen soll, nebst der Sache und des dafür gegebenen Preises auch die die Zinsen des Kapitales vorstellenden Nutzungen einbüßen zu müssen. Ueber das Einbüßen des Preises wird sogleich gesprochen; hier genügt die Bemerkung, daß diese Verkehrs-Gefährdung zu viel beweise, weil der für die Sache gegebene Preis jenen der Nutzungen, zumal der noch vorhandenen, sicher aufwiegt, dessen Verlust daher weit störender für den Verkehr wirken müßte, aber der Erfahrung gemäß nicht wirkt, ein Beweis, daß dieser politische Grund nicht ausreicht. Jedenfalls wird für den Verkehr die Eintheilung des recht- und unrechtmäßigen Besitzes, d. i. der äußerlich wahrnehmbare rechtliche Charakter des Besitzes, weit größere Bedeutung behalten, als die Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzers.

Aehnliche Bedenken, wie jene gegen die Berechtigung des redlichen Besitzers auf die Früchte, ergeben sich auch bezüglich des Rechtes auf Vergütung der gehabten Auslagen, zumal wenn man die Stellung des redlichen und des unredlichen Besitzers zusammenhält. Beiden gebührt der Ersatz des zur fortdauernden Erhaltung der Sache nothwendigen, wie des zur fortdauernden Vermehrung der Nutzungen gemachten Aufwandes, — nach dem Werthe zur Zeit der

Herausgabe der Sache und nie über den wirklich gemachten Aufwand hinaus. Bezüglich des unredlichen Beſitzers hat das Geſetz dadurch eine Irrung begangen, daß es denſelben als Geſchäftsführer ohne Auftrag behandeln laſſen will (§. 336 d. G. B.), in welcher Eigenſchaft der unredliche Beſitzer ſelbſt dann einen Erſatzanſpruch hätte, wenn der Aufwand ohne ſein Verſchulden erfolglos geblieben iſt, — was eine offenbare Begünſtigung vor dem redlichen Beſitzer wäre, da dieſer nur den zur fortdauernden Erhaltung der Sache, oder noch fortdauernden Erhöhung der Nutzbarkeit derſelben dienlichen Aufwand erſetzt erhält, was dem Weſen der Redlichkeit widerſpräche. Die Kommentatoren helfen ſich über dieſen Anſtand einfach mit dem Bemerken hinweg, daß der unredliche Beſitzer offenbar nicht günſtiger geſtellt ſein kann, als der redliche, und ſie nehmen in ſo ferne von den Beſtimmungen der §§. 336 und 1036 d. G. B. Umgang, als ſie in Betreff des nothwendigen Aufwandes dem redlichen und unredlichen Beſitzer gleiche Rechte zugeſtehen.

Warum muß dem Beſitzer der nothwendige Aufwand vergütet werden? Weil, ſagt man, der Eigenthümer denſelben auch hätte machen müſſen, und ſich ſonſt mit fremdem Schaden bereichern würde. Warum iſt dieſer Aufwand nur zu vergüten, wenn ſein Erfolg noch fortdauert, nicht aber, wenn dieſer nicht mehr fortbeſteht? Weil, meint man, der Eigenthümer im letzteren Falle ſich nicht mit des Beſitzers Schaden bereichert. Warum überſteigt der Anſpruch nie die wirklich gehabten Auslagen? Offenbar aus demſelben Grunde. Warum kann aber der redliche Beſitzer den dem Vormanne für die Sache gegebenen Preis nicht und nur eine angemeſſene Vergütung fordern, wenn er dem Eigenthümer einen Nutzen verſchafft hat? Weil, meint man, dem Eigenthümer nicht zugemuthet werden kann, ſeine Sache wieder zu kaufen*)! Wenn ich die fremde Uhr um 100 Gulden gekauft und für Reparatur 1 Gulden gezahlt habe, ſo muß mir dieſer 1 Gulden, nicht aber der Preis von 100 Gulden erſetzt werden. Warum gilt hier nicht der Satz: Niemand darf ſich mit fremdem Schaden bereichern? Nach der Textirung des Geſetzes (§. 333 a. b. G. B.) iſt anzunehmen, daß eine Vergütung des gegebenen Preiſes in dem geſetzten Ausnahmsfalle nur bei einem dem Eigenthümer durch die Erhaltung der Sache verſchafften wirklichen Vortheile, dann daß ſolche ſtets nur in einem den gegebenen Preis nicht überſteigenden

*) Vergl. Stubenrauch's o. c. W., S. 667. 1.).

Betrage, ohne Rücksicht auf den dem „Finder" einer Sache gesetzlich gebührenden Lohn (§. 391 d. G. B.) und auf die Ansprüche des sogenannten Geschäftsführers ohne Auftrag (§. 1036 ebendſ.) zuerkannt werden kann. Aus welchem Grunde hat derjenige, welcher sich in einem gesetzlich entschuldigten Irrthume befindet und eine Sache für die seinige hält, dieselbe über richterliche Aufforderung herausgibt und durch das Ansichbringen der Sache dem Eigenthümer die Wiedererlangung ermöglicht, weniger Rechte bezüglich des auf die Sache gemachten Aufwandes, als jener, der eine gefundene Sache zurückstellt, oder der sich ganz unberufen in ein wissentlich fremdes Geschäft mengt und einen, obschon ohne sein Verschulden erfolglos gebliebenen Aufwand auf die Sache macht? Wornach wird wohl der dem vindicirenden Eigenthümer verschaffte Nutzen zu ermessen sein, wenn er seine Sache der Vindikation werth hält? Läßt sich wohl der Fall leicht annehmen, daß der Eigenthümer die Sache ohne erweislichen Nutzen aufsuchen und verfolgen wird? Gehört dann der für die Sache gegebene Preis nicht zu dem nothwendigsten Aufwande, der allen andern bedingt? Gehört er nicht wenigstens entschieden zu dem nützlichsten Aufwande? Bezüglich des nothwendigen Aufwandes sind also die Ersatzansprüche des redlichen und unredlichen Besitzers gesetzlich zum wenigsten ganz gleich.

Für den nützlichen Aufwand gebührt dem redlichen Besitzer der Ersatz, wie für den nothwendigen; dem unredlichen Besitzer wird der blos nützliche Aufwand nur dann vergütet, wenn er einen klaren, überwiegenden Vortheil bewirkt hat (§§. 336, 1037 d. G. B.), ohne Zweifel wieder mit der Beschränkung auf den noch fortdauernden Nutzen und auch den wirklich ausgelegten Kostenbetrag. Die gesetzliche Bedingung des klaren und überwiegenden Vortheiles ist nicht näher erklärt; aber so viel ist gewiß, daß auch beim redlichen Besitze der erhöhte und fortdauernde Nutzen klar sein muß, um einen Ersatzanspruch zu begründen. Das Ueberwiegende des Vortheils kann nur einen höheren Grad der Vortheilhaftigkeit bedeuten; dieß ist ein schwankender oder doch sehr relativer Begriff, und wird sich in der praktischen Durchführung in dieser Beziehung kein erheblicher Unterschied zwischen redlichem und unredlichem Besitze ergeben.

Der blos zum Vergnügen oder zur Verschönerung gemachte Aufwand wird als solcher dem unredlichen Besitzer eben so wenig, wie dem redlichen ersetzt, falls die Verschönerung nicht zugleich eine wirkliche Steigerung des gemeinen Werthes enthält, also dieser Aufwand

zugleich als ein nützlicher angesehen und behandelt werden muß. Ist dieß nicht der Fall, so hat der redliche wie der unredliche Besitzer nur das Recht, ohne Ersatzanspruch Alles ohne Nachtheil für die Sache selbst Trennbare für sich wegzunehmen. Der einzige dießfällige Unterschied zwischen redlichem und unredlichem Besitzer ist der, daß der unredliche Besitzer, falls er durch wichtige, mit der Sache getroffene Veränderungen diese zu dem bisherigen Zwecke unbrauchbar gemacht hat, nicht blos für seinen Aufwand keinen Ersatz verlangen kann, sondern die Sache über Begehren des Berechtigten in den vorigen Stand zurücksetzen, im Falle der Unthunlichkeit volle Genugthuung leisten muß (§. 1038 b. G. B.), während der redliche Besitzer hiefür nicht verantwortlich ist. Diese Bestimmung ist keine Besonderheit, sondern eine Konsequenz der schon im §. 329 ausgesprochenen Unverantwortlichkeit des redlichen Besitzers für seine Verfügungen mit dem Besitz-Objekte.

§. 16. Allgemeine Bemerkungen.

Wenn man die Theorie des redlichen Besitzes überblickt, so dringt sich die Vorstellung auf, daß man es nicht mit civilrechtlichen Normen, sondern mit einer durch verschiedene Schutzmaßregeln für den Verkehr durchwebten strafgerichtlichen Theorie zu thun hat. Das Hauptgewicht wird auf das innere Bewußtsein des Besitzers, auf dessen Schuldlosigkeit gelegt und der unredliche Besitzer für sein Verschulden gestraft, aber noch mehr wird die Schuldlosigkeit des Besitzers bevorzugt und derselbe blos dieser Unschuld wegen zum Abbruche des fremden Rechtes begünstigt. Die Nachtheile des unredlichen Besitzes sind eben so natürlich und dem Rechte entsprechend, als die Vortheile des redlichen Besitzes dem Rechte zuwider; nur durch eine nicht zu rechtfertigende Einmengung der moralischen Imputation in die reine Rechts-Theorie wird dieß erklärbar und es soll später zu zeigen versucht werden, in wie ferne eine solche Auffassung Berechtigung zur praktischen Geltung besitzt.

Der ganze nun ausgeführte Unterschied zwischen dem redlichen und unredlichen Besitze hört auf und der redliche Besitzer gilt als unredlicher, wenn er vom Berechtigten auf Herausgabe der Sache geklagt und sofort rechtskräftig verurtheilt wird, und wird der redliche Besitzer in Rücksicht der Sache selbst, deren Untergang, oder Verschlechterung, des Ersatzes der Nutzungen und Vergütung des Schadens wie des gehabten Aufwandes in diesem Falle zurück schon seit dem Zeit-

punkte der ihm zugestellten Klage gleich einem unredlichen behandelt, und nur für den Zufall, der die Sache beim Berechtigten nicht getroffen hätte, haftet ein derlei Besitzer blos in dem Falle, wenn er als muthwillig streitend erkannt wird (§. 338 d. G. B.). Durch diese Gesetzbestimmung kann man wieder sehr leicht irre werden an dem gesetzlichen Begriffe und Wesen des redlichen Besitzes. Der sogenannte „gute Glaube" muß doch sehr schwach sein, wenn er durch die bloße Zustellung der Klage auf Herausgabe des Objektes aufgehoben werden soll; diese soll mehr Gewicht haben, als die durch alles Nachdenken und Ueberlegen des Besitzers gewonnene Ueberzeugung? Es muß dieß um so mehr auffallen, als die hier bestimmte Rückwirkung des richterlichen Ausspruches eine ganz ausnahmsweise Verfügung ist, da doch gewöhnlich, ja in allen Fällen der Zeitpunkt der Rechtskraft eines richterlichen Spruches der Zeitpunkt ist, mit welchem die Partei bei sonstiger Zwangsanwendung gehalten ist, die durch den Spruch geschaffene rechtliche Ordnung anzuerkennen, während bis dahin kein Theil berechtigt ist, ohne Zustimmung des Andern eine Aenderung des bisherigen Zustandes herbeizuführen. Warum soll die bloße Klagszustellung alle bisherigen Wahrscheinlichkeits oder Vermuthungsgründe für die wirkliche Berechtigung zerstören, warum soll sich der Besitzer von diesem Momente an blos als Verwalter der Sache ansehen, warum soll er sich gleichsam als Verwalter im Namen des Klägers betrachten und in dessen Sinne derart vorgehen, daß er nicht nur weiterhin ohne Verantwortung keinen Nutzen ziehen darf, sondern alle Vortheile aus der Sache, nicht blos jene, die er selbst zu beziehen versäumt hat, — vielmehr auch die zu verantworten und zu vergüten hat, welche der Kläger, selbst im Besitze, gezogen haben würde (§. 335 d. G. B.)? Wahrlich, entweder war der Besitz bisher nicht redlich, oder er kann durch die bloße Klagszustellung nimmer unredlich werden.

Zeigt nicht die Bestimmung des §. 338 G. B. deutlich, daß das Gesetz selbst die der Theorie vom redlichen Besitze eigenthümliche Schwäche anerkannt und darum sich beeilt hat, das anomale Verhältniß des redlichen Besitzes sobald als möglich wieder aufhören zu lassen?

§. 17. Schutz des Besitzes und Rechtsmittel dazu.

Ein weiteres aus dem Besitze abgeleitetes Recht ist, der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein (so sagt wenigstens das Gesetz), das, die Untersagung und Verhinderung

jeder eigenmächtigen Störung, die Zurückſetzung in die vorige Lage und den Erſatz des verurſachten Schadens gerichtlich zu fordern (§. 339 und 346 d. G. B.) und wenn die richterliche Hilfe zu ſpät käme, ſich ſelbſt im Beſitz zu ſchützen und Gewalt mit Gewalt abzutreiben (§. 344 d. G. B.). Das Geſetz ſelbſt ſagt, daß dieſe Rechte mit jedem Beſitze von was immer für einer Beſchaffenheit, derſelbe mag rechtmäßig, redlich und echt, oder von dem Allen das Gegentheil ſein, verknüpft ſind. Da dieſe Geſetzesſtelle nicht unterſcheidet; muß hier jede Störung des Beſitzes, d. i. die bloße theilweiſe Hinderung in der Ausübung des Beſitzes, wie die gänzliche Entziehung der Sache, der Verluſt des Beſitzes, folgerecht daher die Rechte zur Erhaltung, wie zur Wiedererlangung des Beſitzes einbezogen gedacht werden.

Abgeſehen vom poſitiven Geſetze hat allerdings derjenige, welcher ſich in Ausübung eines Rechtes befindet, er mag wirklich berechtigt ſein oder nicht, auch die Befugniß, die Einſtellung jeder Störung, wenn die Störung bis zur gänzlichen Hinderung der Rechtsausübung vorgeſchritten iſt, die Zurückſetzung in die vorige Lage und Schadenerſatz gerichtlich zu fordern, dann, wo die richterliche Hilfe zu ſpät käme, ſich ſelbſt nöthigenfalls mit Gewalt in Ausübung des Rechtes zu behaupten. Anders iſt es nach dem poſitiven Geſetze in Oeſterreich; denn bei den bisher citirten Beſtimmungen iſt es nicht geblieben. Eine weſentliche Ergänzung fand die Lehre vom Beſitze in den ſchon erwähnten, mit der k. Verordnung vom 27. Oktober 1849 (Z. 12 d. R. G.) kundgemachten Verfahren in Beſitzſtörungsfällen. Die Einleitung dieſes Prozeſſes kann derjenige begehren, „der im Beſitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt, oder dieſes Beſitzes widerrechtlich entſetzt worden und die Klage längſtens in 30 Tagen von der erhaltenen Kenntniß der Störung einbringt.“ Nach Verlauf der 30tägigen Friſt bleibt dem Beſitzer nur der ordentliche Beſitz-Prozeß (§. 2 daſ.). Im ſummariſchen Prozeſſe handelt es ſich nur um die Thatſache des letzten faktiſchen Beſitzſtandes und der Störung, während die Geltendmachung des Rechtes zum Beſitze, eines ſtärkeren Rechtes dazu, dann die Fragen über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit dem ordentlichen Beſitzprozeſſe vorbehalten bleiben (§. 5 daſ.).

Nebſt dieſen zwei Arten des Beſitz-Prozeſſes, läßt das öſterreichiſche Geſetz noch zwei Prozeſſe, in denen es ſich um das Recht ſelbſt handelt, zwei petitoriſche Prozeſſe zu, den „förmlichen Eigenthumsprozeß“ und den Prozeß „aus dem rechtlich vermutheten Eigenthume“

(§§. 369, 372 d. G. B.). Im förmlichen Eigenthumsprozesse muß der Kläger beweisen: 1. daß der Geklagte die Sache innehabe und 2. daß diese Sache des Klägers Eigenthum sei, — während bei dem letzteren der Kläger außer der Innehabung der Sache durch den Geklagten nur einen giltigen und jedenfalls stärkeren Titel, als der Geklagte hat, dann eine echte Art der Besitzerwerbung zu beweisen hat. Es wird sich vielleicht noch später die Gelegenheit ergeben, hierüber des Weitern zu sprechen. Hier nur Folgendes:

Da der sein Recht Suchende bei der Eigenthumsklage sein Eigenthumsrecht und zu diesem Zwecke — wenigstens nach Ansicht aller Commentatoren — eine ursprüngliche oder unmittelbare Erwerbung desselben, oder wenn er sich auf eine sogenannte mittelbare oder abgeleitete Erwerbung beruft, auch die Erwerbung des Eigenthumes durch alle seine Vormänner bis zu einer ursprünglichen Erwerbung zurück beweisen muß, dieser Beweis bei einem häufigen Wechsel der Berechtigten oft unter die Unmöglichkeiten, oder doch kaum besiegbaren Schwierigkeiten gehört, da ferner auch die ursprünglichen, oder von dem Willen eines Vormannes unabhängigen Erwerbungsarten in ihrem rechtlichen Bestande an verschiedene Bedingungen geknüpft sind, welche so wie jene der mittelbaren angezweifelt werden können, also bewiesen werden müßten, aber oft einen Beweis nicht zulassen*); so wird wol die Klage: „aus dem vermutheten Eigenthume" — die sogenannte Publicianische Klage — allein das Feld behaupten, was auch die praktische Erfahrung bestätigt. Aber auch abgesehen von diesen positiven Bestimmungen gelangt man zu demselben Resultate, freilich nur im Wesentlichen und mit Vermeidung vieler Besonderheiten, welche der Publicianischen Klage die gebührende allgemeine Geltung entziehen. Denkt man nämlich den Besitz — wie schon früher ausgeführt — nicht als bloße Antichambre des Eigenthumes, sondern als das, was er ist, als die (wenigstens als solche erscheinende) Ausübung des Rechtes, so gewinnt die Theorie vom Schutze dieser Rechtsausübung — des Besitzes — ein anderes Ansehen.

Wer sich in Ausübung eines Rechtes befindet, ist schon darum, ohne Rücksicht, ob er wirklich berechtigt ist, ob er sich für berechtigt

*) Setzt nicht die Zueignung die Herrenlosigkeit der Sache voraus, setzt nicht der Zuwachs die Herrenlosigkeit der Sache und die rechtliche Eigenthumserwerbung der Sache, zu welcher etwas zugewachsen, setzt nicht die Ersitzung eine Masse von Nebenumständen voraus, die ebensowol beanständet werden können, als die Eigenthumserwerbung eines Verkäufers?

halten kann, oder ſeine Rechtsloſigkeit ſelbſt einſehen, wiſſen muß, befugt, ſich, wenn die richterliche Hilfe zu ſpät käme, in der Ausübung des Rechtes ſelbſt mit Gewalt zu erhalten — außer dem Fall dieſer Dringlichkeit aber — zur Aufrechthaltung ſeiner Rechtsausübung die richterliche Hilfe anzurufen. Der Richter hat ſich in dieſem Falle auf die Feſtſtellung der Thatſache der letzten faktiſchen Ausübung des Rechtes, ohne Rückſicht auf den Beſtand des Rechtes ſelbſt, zu beſchränken und demjenigen die weitere Ausübung des Rechtes zuzuſprechen, der es zuletzt ausgeübt hat. Doch reicht dieſer Prozeß nur für den Fall aus, wo es ſich um die Erhaltung der Ausübung handelt, nicht aber für den Fall des Verluſtes der Ausübung, der Entſetzung von der Ausübung des Rechtes; in dieſem Falle hat derjenige, welcher noch kurz zuvor das Recht ausgeübt hat, dieſe Ausübung nicht mehr, es übt ſchon ein Anderer das Recht aus. Wer hat jetzt Anſpruch auf richterlichen Schutz? Offenbar und ohne alle weitere Rückſicht auf das Recht ſelbſt — derjenige, welcher die Ausübung auf eine Art begonnen hat, wie überhaupt rechtlich die Rechtsausübung anfangen kann. Im rechtlich freien Gebiethe iſt die Rechtserwerbung frei; auſſerhalb deſſen, inner der Rechtsſphäre anderer Perſonen iſt ſie an die Zuſtimmung des Berechtigten gebunden und wird dann Anſpruch auf Schutz haben, wenn der das Recht Ausübende im Falle des Widerſpruches darthun kann, daß er mit Zuſtimmung des Berechtigten die Ausübung des Rechtes begonnen hat. Im Falle des Streites wird der Richter in dieſem proviſoriſchen Stadium, wo eben nur die Ausübung geſchützt werden ſoll, denjenigen ſchützen, rückſichtlich die Fortſetzung der Rechtsausübung zuerkennen, der ſich in der Ausübung befindet und darin blos beirrt wird, oder der ſich in der Ausübung zwar nur befand und nicht mehr befindet, während der Geklagte weder die frühere Freiheit des Rechts-Objektes, noch die Zuſtimmung zum Beginne der Rechtsausübung von Seite des Vorberechtigten darthun kann. Läßt ſich ein ſolcher Mangel auf Seite des Geklagten nicht nachweiſen, ſo folgt von ſelbſt die Abweiſung der Klage. Der Geklagte mag das entſchiedenſte Recht ſelbſt, daher auch die Befugniß zur Ausübung desſelben haben; es genügt, wenn er die Ausübung ohne Zuſtimmung des früher Berechtigten angefangen hat, um ihm dieſe Ausübung zu unterſagen. Derjenige, welcher ſich ein Recht abtreten ließ, muß ſich zugleich die Ausübung desſelben einräumen laſſen, im Weigerungsfalle die richterliche Hilfe anrufen und bei dieſer Gelegenheit den Nachweis ſeiner Rechtserwerbung liefern, worauf ihm die Rechtsausübung gerichtlich ein-

geräumt wird; eigenmächtig darf er es im Interesse des allgemeinen Rechtszustandes nicht, widrigens er die Entsetzung zu befürchten hat. Dieselbe Grundidee spricht Savigny aus*), wenn er sagt: „da der Besitz an sich kein Rechtsverhältniß ist, so ist auch dessen Störung keine Rechtsverletzung und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt. Geschieht nun die Störung des Besitzes gewaltsam, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist (und die Aufhebung dieses Unrechtes bezielen die possessorischen Interdicte der Römer.)" Der Gewaltthätigkeit setzt er in den Wirkungen die andern sogenannten vitia possessionis, clam und praecario gleich und erklärt sie sämmtlich als Handlungen, die schon durch ihre Form unrechtlich sind. Ohne alle Rücksicht auf die wirkliche rechtliche Grundlage erklärt nämlich Savigny es für an sich unrecht, wenn man eine Sache mit Gewalt, oder listig nimmt, oder zu diesem Zwecke den guten Willen eines Andern mißbraucht! Er geht in der Unterscheidung dieser unrechtlichen Form von der materiellen Rechtsverletzung soweit, daß er behauptet: der bloße Besitzer hat zufolge des Besitzes gar kein Recht auf die Detention, aber er hat das Recht, von Jedem zu fordern, daß er überhaupt keine Gewalt gegen ihn gebrauche. Zugleich erklärt dieser Autor das Recht auf den Schutz gegen die derart unrechtliche Form für ganz positiv, keineswegs als eine nothwendige Folge der juristischen Natur dieser Unform und begründet es mit einer allgemeinen Vermuthung des Eigenthumes auf Seite des Besitzers! Will man Savigny auch nicht soweit folgen, so findet man in diesen Bemerkungen doch sehr viel für unsere Ansicht über das Verhältniß des Possessoriums zum Petitorium!

Der summarische oder provisorische Prozeß bewirkt, daß 1. die Ausübung des Rechtes demjenigen, der sich eben darin befindet, erhalten oder belassen, rücksichtlich 2. demjenigen untersagt oder entzogen wird, rücksichtlich dessen dargethan werden kann, daß er dieselbe nicht auf erlaubte Art angefangen hat und wird diese Ausübung jenem zugesprochen, der eine solche erlaubte Erwerbungsart wenigstens dem Geklagten gegenüber beweist. Der Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen oder sachfällig, wenn er nicht nachweist, daß der Geklagte auf unerlaubte Art das Recht auszuüben angefangen, oder wenn auch

*) Siehe s. o. c. W. §. 2.

nur der Geklagte hinwieder dasselbe vom Kläger beweist. Weiter kommt die bloße Rechtsausübung, ohne Würdigung des Rechtes selbst nicht in Erwägung, denn der Rechtszustand der Ruhe ist hergestellt, wenn die Rechtsübertragung auf erlaubte Art vor sich gegangen. Wer eine definitive Aenderung bezielt, muß sich um die Zustimmung des Berechtigten bewerben und wenn er die richterliche Hilfe anruft, beweisen, daß er das Recht erworben, daher auch das Recht auszuüben befugt sei, worauf dann über das Recht selbst abgesprochen und die Ausübung als Attribut des Rechtes dem für berechtigt Erkannten zugesprochen wird, ohne Rücksicht auf Denjenigen, der sich eben in der Ausübung befindet.

Ein Mittelding zwischen diesen beiden Prozeßarten gibt es nicht und wenn man ersteren den summarischen Prozeß nennt und diesen den förmlichen Rechtsstreit (possessorium summarium et petitorium), so entfällt jedes Substrat eines possessorii ordinarii, eines ordentlichen Besitz-Prozesses. Alle Auseinandersetzung und Prüfung des sogenannten Rechtstitels und der Giltigkeit des Rechtserwerbes bleiben dem Merital-Prozesse vorbehalten und man wird vergebens versuchen, ohne in jeder Beziehung förmliche und vollständige Auseinandersetzung und Entscheidung des Rechtes selbst, über die Befugniß zur Rechtsausübung abzusprechen.

Für den (summarischen) Besitz-Prozeß kann nur die Art des *Beginnes* der Rechtsausübung entscheiden und da bei sogenannten freistehenden Sachen oder im rechtlich freien Gebiethe auch die Rechtsausübung frei ist, so erübrigt zur Prüfung dieses Momentes nur der Rechtsübergang von einem Berechtigten auf den andern und die diesen einzig vermittelnde *Zustimmung* des Ersteren, des Vormannes und kann deren Mangel am einfachsten mit *unerlaubter* Rechtsausübung bezeichnet werden. Gewöhnlich wird sich wol dieser Mangel auf Seite des die Rechtsausübung Beginnenden in der gewalsamen oder listigen Art, wie die Rechtsausübung eröffnet wird, ausprägen, welche Art das positive Gesetz mit „Unechtheit des Besitzes" bezeichnet; aber ein derartiges Benehmen ist nicht nothwendig, um die Ausübung unerlaubt zu machen, denn es ist nicht minder unerlaubt, eigenmächtig und unbekümmert um fremdes Recht dessen Ausübung zu beginnen, als dem Berechtigten einen Gegenstand der Rechtsausübung mit List oder Gewalt zu entziehen. In beiden Fällen kann der Berechtigte die Einstellung der Ausübung auf Seite des Unberufenen fordern und der Richter muß dieselbe verfügen, weil ein Rechtsübergang ohne Störung der

Rechtsordnung, ohne Zustimmung des Rechts-Vormannes rechtlich nicht möglich ist.

Ein wesentlicher Charakter des (provisorischen) Besitzprozesses ist die Schnelligkeit, die Möglichkeit für den Richter, ohne nähere Prüfung der Rechte unverzüglich über die Ausübung abzusprechen; diese ist durch die leichte Feststellung der entscheidenden Momente und diese durch die Einfachheit der letzteren bedingt. Eine größere Einfachheit der Thatsachen ist aber kaum denkbar, als jene, die in der Zustimmung des Vormannes, oder Eigenmächtigkeit dessen Nachfolgers liegt. Jedes Mehr fordert schon eine Prüfung des Rechtes und es ist die Entscheidung ohne längere Untersuchung nicht möglich.

Das positive österreichische Recht ist hierüber nicht ganz klar. Es heißt zwar, daß gegen jeden unechten Besitzer, d. i. denjenigen, der sich in den Besitz eindrängt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, die Zurücksetzung in die vorige Lage und Schadloshaltung eingeklagt werden kann, selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht des Geklagten (§§. 345, 346 b. G. B.) und die mehrfach citirte Vorschrift über das Verfahren in Besitzstörungsfällen fordert eine „widerrechtliche" Entsetzung des Besitzes, als Bedingung der summarischen Besitzklage, indem sie nur die Geltendmachung des Rechtes zum Besitze, eines stärkeren Rechtes dazu, dann die Fragen über Titel und Redlichkeit des Besitzes, nicht aber jene über die Echtheit oder Unechtheit des Besitzes, dem ordentlichen Besitz-Prozeße vorbehält. Aber an der Spitze der „Rechtsmittel des Besitzes" steht der Satz: daß jeder Besitz von was immer für einer Beschaffenheit Anspruch auf Schutz und Wiederherstellung hat (§. 339 b. G. B.). Freilich führt die Festhaltung dieses Satzes, wenn man zugleich den weitern berücksichtigt, daß der Besitz verloren geht oder aufhört, „wenn das Objekt in fremden Besitz kommt" (§. 349 ebd.), daß also mein Besitz aufgehört hat, wenn sich ein Anderer, allenfalls räuberisch meiner Sache bemächtigt (denn am Hinzutreten des Eigenthumswillens zu der gewaltsamen Ergreifung ist nicht zu zweifeln), in ein unentwirrbares Labyrinth, indem darnach selbst der erwiesene Räuber im Besitze geschützt und der Berechtigte verhalten werden müßte, sein Eigenthum dem Räuber auszufolgen, falls er diesem nach vollführtem Raube verfolgt und demselben die geraubte Sache wieder abgejagt hätte. Das Auskunftsmittel; welches das Gesetz in der Festsetzung eines gewissen Zeitraumes finden will, durch welchen das Verhältniß des Besitzes gedauert haben muß, um Anspruch auf Schutz zu haben, hilft aus diesem

Wirrſal nicht. Das Geſetz ſelbſt fordert, um den proviſoriſchen Schutz des frühern Beſitzers eintreten zu laſſen, daß der neue nicht 30 Tage gedauert und zugleich widerrechtlich ſei. Der bloße Zeitverlauf wäre denn doch zu klar eine Prämie der Schlauheit und Vorſicht, indem der Rechtsverletzer nur die Friſt von 30 Tagen unter gehörigen Vorſichtsmaßregeln abzuwarten brauchte, um dann kühn vortreten und ſelbſt die Hilfe des Richters zur Erhaltung ſeiner Rechtsanmaſſung aufrufen zu können. Man kann nach dem Allen mit Grund annehmen, daß das Geſetz die ſogenannte ſummariſche Beſitzklage nur gegen denjenigen geſtattet, welcher die Ausübung eines Rechtes auf „unerlaubte," ſchon auf den erſten Blick als rechtslos erkennbare Art angefangen hat; gegen den, der die Rechtsausübung anders, alſo auf erlaubte Art angefangen (den ſogenannten echten Beſitzer) findet ſie nicht ſtatt, vielmehr iſt er dazu gegen jeden befugt, der ihn in der Rechtsausübung ſtört, oder unerlaubter Weiſe entſetzt hat.

Will man nun den Unterſchied der ſummariſchen von einer noch andern, der ordentlichen Beſitzklage, durch die bloße Zeitfriſt, welche ſeit dem unerlaubten Beginne der Rechtsausübung verſtrichen iſt, beſtimmen, und dieſe dort eintreten laſſen, wo die unerlaubte Rechtsausübung ſchon über 30 Tage angedauert hat; ſo mag es ſein, obſchon ſich für eine ſolche rein poſitive Verfügung aus dem Rechte ſelbſt keine Erklärung geben läßt. Aber ein anderer Unterſchied, ein inhaltlicher Unterſchied zwiſchen einer weiteren ſogenannten ordentlichen Beſitz- und einer Klage auf Geltendmachung, oder Verfolgung des Rechtes ſelbſt, läßt ſich nicht durchführen. Um dieß vollends darzuthun, genügt eine einfache Zuſammenſtellung der §§. 320 und 372 d. a. b. G. B. unter Berückſichtigung des über die praktiſche, principielle Unausführbarkeit und Unnützheit der förmlichen Eigenthumsklage ſchon Geſagten. Bei der Unausführbarkeit eines Erwerbungsbeweiſes, welcher in ununterbrochener Perſonenfolge bis zum erſten Menſchenpaare hinaufreichen müßte, wird zur Verfolgung und endgiltigen Erreichung ſeines Rechtes für genügend angeſehen, wenn der Kläger (natürlich gegenüber dem, der ſich des Rechtes anmaßt) einen giltigen Titel, d. i. wie ſchon gezeigt, eine Thatſache, wie ſie nach der Natur des Rechtes zu deſſen rechtlichen Ueberkommung oder Erwerbung gefordert werden kann, in Beziehung auf eine Perſon, welche früher das Recht ausgeübt hat, daher für berechtigt zu halten iſt, dann, wenn ſich's um Wiedererlangung der Ausübung handelt, eine echte Erwerbungsart, d. i. einen erlaubten Beginn der Rechtsausübung nachweiſt, während

der Geklagte einen solchen Beweis für sich nicht zu erbringen vermag (§. 372 a. b. G. B.). Wenn ich beweise, daß ein Recht zwar durch A ausgeübt worden und daß mir A dieses Recht verkauft und übergeben hat, während N, der das Recht gegenwärtig ausübt, keinen Vormann angeben, oder doch nicht darthun kann, daß dieser das Recht früher ausgeübt hat; so muß der Richter die Ausübung des Rechtes mir zusprechen und einräumen, ohne Rücksicht auf den Umstand, daß und durch wie lange Zeit schon N das Recht ausübt, weil ich das Recht zur Ausübung dargethan habe.

Durch den giltigen Titel erhält man, sagt nun das Gesetz wieder weiter, nur das Recht zum Besitz; wer blos dieses Recht hat, muß mit Anführung des Titels die Einräumung des Besitzes im Rechtswege fordern (§. 330 b. G. B.). Welcher Unterschied besteht nun zwischen diesen beiden Rechtsmitteln? In beiden wird vom Richter die Einräumung der wirklichen Rechtsausübung gefordert und diese bewirkt, weil der Kläger die erfolgte Erwerbung des Rechtes bewiesen hat. Ebenso wie bei der (Publicianischen) Eigenthumsklage, muß der Kläger bei der Klage nach §. 320 b. G. B. a) eine Thatsache beweisen, wodurch nach rechtlichen Grundsätzen die Uebertragung eines Rechtes vom Berechtigten auf einen Andern bewirkt wird, z. B. daß er den Gegenstand von einem Andern erkauft habe und b) darthun, daß der, von dem die Uebertragung erfolgt, das Recht ausgeübt, daher für berechtigt zu halten war und ist. Daraus folgt von selbst die weitere Befugniß, die Einräumung der Ausübung des erkauften Rechtes zu fordern und diese wird dem erwiesen Berechtigten gerichtlich eingeräumt. Hat der Rechtswerber eine derlei zur Rechtsübertragung geeignete Thatsache und die faktische Rechtsausübung seines Vormannes erwiesen, so ist er einer weitern Beweisführung über c) den Anfang seiner Rechtsausübung, die erlaubte Art derselben nur dann zu übernehmen schuldig, wenn es sich um die Wiedererlangung einer schon gehabten und verlorenen Rechtsausübung handelt. Dabei muß immer festgehalten werden, daß es sich im Civil-Prozesse um die Regelung oder Ordnung des Rechtsverhältnisses zwischen den beiden Streitenden und nicht um Schaffung eines objektiven Rechtszustandes handelt, der durch den richterlichen Ausspruch zu schaffende Rechtszustand wird insofern mehr oder weniger objektive Giltigkeit haben, als die beiden Streittheile denselben aufklären und zur Entscheidung bringen.

Eine weitere Verfolgung dieses Gegenstandes würde zu weit

führen; es genügt die Thatſache, daß außer dem ſogenannten ſummariſchen Beſitz-Prozeſſe ein anderer, in welchem die förmliche Rechts-Auseinanderſetzung vermieden werden könnte, nicht denkbar iſt, und der ſogenannte ordentliche Beſitz-Prozeß mit dem auf Geltendmachung des Rechtes ſelbſt zuſammenfällt. Iſt aber das der Fall, dann zerfallen die letztangeführten Rechte des Beſitzers (ad 3); es erübrigt bloß die Befugniß, eine Rechtsausübung, welche auf unerlaubte Weiſe begonnen, einzuſtellen und deren Zuerkennung für denjenigen zu fordern, der einen erlaubten Anfang für ſich anführen kann. Es iſt dieß kein beſonderes Recht, hat überhaupt mit dem Rechte Nichts gemein, ſondern iſt eine Folge des allgemeinen Rechtszuſtandes zum Zwecke ſeiner Erhaltung, welcher fordert, daß eine Rechtsausübung ohne Störung nur auf erlaubte Art beginnen darf, ſelbſt wenn ſie das vollkommenſte Recht im Hintergrunde hätte.

§. 18. ad 4. Recht der Erſitzung.

Ein weiteres, man kann ſagen, jenes Recht, um deſſen Willen die Theorie des Beſitzes geſchaffen und bisher gepflegt worden, iſt das Recht des Beſitzes, nach Verlauf einer beſtimmten Zeit zur Erwerbung des Rechtes ſelbſt zu führen, das Recht der Erſitzung. — Weil eine Perſon ein gewiſſes Recht durch einen beſtimmten Zeitraum beſeſſen, ſo hat ſie, ungeachtet die geſetzlichen Vorausſetzungen des Rechtserwerbes nicht da ſind, das Recht ſelbſt als eigenes Recht erſeſſen, erworben.

Das Inſtitut der Erſitzung (und Verjährung) iſt ein poſitives, und dieſes iſt auch der eigentliche Zweck, um deſſentwillen die Theorie des Beſitzes derart aus- und fortgebildet wurde, wie ſie jetzt in Doktrin und Geſetz behandelt wird; im Verfolge ſoll unterſucht werden, in wie ferne das Inſtitut der Verjährung von einer ſolchen Grundtheorie bedingt iſt.

Zur Erſitzung wird gefordert, daß eine Perſon die zu erwerbende Sache oder das Recht (wenn es durch die geſetzlichen Vorſchriften von der Erſitzung nicht beſonders ausgenommen iſt) wirklich, rechtmäßig, redlich, echt und durch die ganze geſetzlich beſtimmte Zeit beſitzt (§. 1460 a. b. G. B.); bei der längeren Erſitzungszeit kann ſelbſt von der Rechtmäßigkeit des Beſitzes Umgang genommen werden (§. 1477 ebendſ.). Den geſetzlich geforderten wirklichen Beſitz finden die Kommentatoren des Geſetzes in dem:

Besitze im Gegensatze zu dem bloßen: „Recht zum Besitz“*); die Eigenschaften der Rechtmäßigkeit, Redlichkeit und der Echtheit nimmt das Gesetz in dem schon früher angeführten Sinne und bestimmt nach Verschiedenheit der Ersitzungs-Objekte die Zeit der Ersitzung, d. i. die dazu nöthige Dauer des Besitzes genau (§§. 1465—1477 d. G. B.). Die Ersitzung wird als eine Fortbildung der Theorie des Besitzes und als Ergänzung der mit der schon ausgeführten publicianischen Klage eingeleiteten Verkehrs-Erleichterung und Sicherung betrachtet. Um dem Besitzer, dem die Innehabung der Sache entzogen wurde, nicht blos gegen den sogenannten unechten Ergreifer, sondern gegen Jeden zu sichern, die Verfolgung und Wiedererlangung seiner Sache (des Besitz-Objektes) zu ermöglichen, der nach der Natur seines Rechtstitels mindern Anspruch auf richterlichen Schutz hat, schuf, meint man, der römische Prätor die Klage: „aus dem vermutheten Eigenthume.“ — Da aber dieser Schutz in so ferne kein bleibender ist, als er einen in dem Rechtstitel liegenden höheren Anspruch auf Berücksichtigung voraussetzt, also aufhört, wenn dieser höhere Anspruch durch den des gegnerischen Titels aufgewogen, oder gar überwogen wird, da die Rechtmäßigkeit des Rechtstitels zur Rechtserwerbung nur unter Voraussetzung des Rechtsbestandes auf Seite des Vormannes führen kann, dieser Umstand aber hier unerörtert bleibt; so hat eben das Rechts-Institut der Ersitzung den Zweck, diesen Mangel im Vormanne zu ersetzen und dem Besitzer zu einem bleibenden Recht zu verhelfen**).

Das Institut der Ersitzung ist ein rein positives, da nach rationellen Grundsätzen blos durch die eine bestimmte Zeit fortgesetzte Rechts-Ausübung ohne die rechtlichen Voraussetzungen der Rechts-Uebergang eben so wenig, als der Rechts-Verlust durch die bloße Nicht-Ausübung denkbar ist. Es kann sich dabei nur darum handeln, die einzelnen Bestimmungen über dieses Institut möglichst wenig positiv zu halten, d. h. bei denselben den natürlichen Rechtsgrundsätzen so weit Rechnung zu tragen, als dieß mit der Erreichung des bei dem Institute gesetzten Zweckes dem Wesen nach möglich ist.

Eine erschöpfende Prüfung der Theorie der Ersitzung liegt außer dem Bereiche dieser Untersuchung; für diese genügt die Constatirung dessen, daß dabei die Begriffe vom Besitz, vom rechtmäßigen, redlichen und echten Besitz festgehalten werden, wie sie bisher besprochen

*) Vergl. Stubenrauch bei §. 1460, 1.
**) Vergl. Stubenrauch o. c. W. zum §. 1461, 1.

wurden, dann daß mit Hinzufügung einer beſtimmten Zeit, durch welche der Beſitz gedauert hat, dieſer zum Rechte ſelbſt erwächſt, eine Rechtsanmaßung deshalb zum Rechte ſelbſt wird, weil ſie durch die beſtimmte Zeit den Schein, das Anſehen des Rechtes zu bewahren wußte.

Mit dem Rechte zur Erſitzung, dem Rechte zum Rechts-Erwerbe iſt die Reihe der ſogenannten Rechte, oder Vortheile des Beſitzes geſchloſſen; ihre Natur wurde bisher unterſucht und im weiteren Verlaufe ſoll ſpäter gezeigt werden, ob und in wie ferne das, was daran innern Anſpruch auf Beſtand und Anerkennung hat, vielleicht in anderer Weiſe eben ſowohl erreicht werden kann, ohne eine ſolche dem Rechte widerſprechende Theorie aufrecht zu halten, wie die hergebrachte des Beſitzes iſt.

§. 19. Verluſt des Beſitzes.

Um die Theorie des Beſitzes zu erſchöpfen, erübrigt aber noch eine nähere Auseinanderſetzung des Verluſtes des Beſitzes. Der Beſitz körperlicher Sachen geht nach dem poſitiven Geſetze verloren, wenn dieſe a) ohne Hoffnung wieder gefunden zu werden, in Verluſt gerathen; iſt noch die Hoffnung der Wiedererlangung vorhanden, ſo kann man ſich durch den bloßen Willen im Beſitz erhalten (§. 352 ebdſ.); b) wenn ſie freiwillig verlaſſen worden, c) oder in fremden Beſitz gekommen ſind (§. 349 d. G. B.). Der Beſitz anderer Rechte hört auf, wenn a) der, welcher bisher etwas geleiſtet, die Leiſtung verweigert; b) wenn er die fremde Rechtsausübung in dem Seinen nicht mehr duldet, oder c) wenn dieſer ein fremdes Verboth nicht mehr achtet und der Beſitzer in all' dieſen Fällen, ohne die Erhaltung des Beſitzes einzuklagen, es dabei bewenden läßt (§. 351 ebdſ.).

Auf das alte Römer-Recht fußend, behaupteten die Commentatoren, daß, obſchon nach dem Begriffe des Beſitzes derſelbe ſchon dann aufhören ſollte, wenn eines ſeiner beiden Elemente (die Inhabung oder der Wille, das Objekt als ſeines zu behalten) wegfällt, dieß doch durch die poſitiven Geſetze, um den Beſitz mehr Dauer und ein ſelbſtſtändiges rechtliches Intereſſe zu geben, dahin beſtimmt werde, daß der Verluſt des Beſitzes erſt eintritt, wenn eines oder das andere ſeiner Elemente in den entgegengeſetzten Zuſtand übergegangen iſt *).

*) Vergl. Stubenrauch o. c. B., ad §. 349—352, 1.

Schon nach der Besitztheorie des römischen Rechtes war diese Bemerkung ungegründet; sie ist überhaupt darum unrichtig, weil es schwer denkbar ist, wie die Besitz-Elemente in einen entgegengesetzten Zustand übergehen sollen, wenn mit diesem ein Anderes, als das Wegfallen oder Aufhören des Elementes bezeichnet werden will. Oder wie soll der Wille, die Sache als die seinige zu behalten, in einen entgegengesetzten Zustand übergehen? Ist der Eigenthumswille eines Andern dieser entgegengesetzte Zustand? Ist der entgegengesetzte Zustand meiner Innehabung der Sache die Innehabung eines Andern, oder gehört das Aufhören der Innehabung selbst, ohne daß die Innehabung durch einen Andern begonnen, nicht unter die Erlöschungsarten des Besitzes? Wenigstens den voraufgeführten gesetzlichen Bestimmungen gegenüber ist die Behauptung der Commentatoren nicht richtig.

Wenn man die gesetzlichen Bestimmungen über den Verlust des Besitzes im Zusammenhange nimmt und zugleich die Thatsache würdigt, wienach nie der Besitz einer Sache selbst, das sitzen oder stehen auf einer Sache, sondern der Besitz des Rechtes über eine Sache in Frage kommt und die Bestimmungen über den Besitz der Sache selbst, eigentlich den Besitz des Eigenthumsrechtes an der Sache betreffen; so muß, wie schon früher bemerkt, der Unterschied auffallen, welcher zwischen dem Verluste des Besitzes des Eigenthumsrechtes und jenes anderer Rechte gemacht wird. Der erstere tritt unter andern auch dann ein, wenn die besessene Sache in fremden Besitz kommt, der Besitz des Vormannes hört auf, wenn jener eines Andern beginnt; bei andern Rechten genügt zum Verluste des Besitzes die eingetretene Unmöglichlichkeit der Ausübung nicht; der Verlust wird verhüthet, wenn der Besitzer die Erhaltung des Besitzes einklagt. Der Eigenthümer also kann, wenn ein Anderer den Besitz an sich gerissen, denselben durch die Einklagung nicht erhalten? Und doch spricht das Gesetz wiederholt von einer Besitzklage gegen bloße Störungen, oder Beeinträchtigungen im Besitze, im Gegensatze von jener Behufs Wiedererlangung des verlornen Besitzes (k. Verdg. v. 27. Oktober 1849).

Oder soll der Satz, daß der Besitz aufhört, wenn die Sache in fremden Besitz kommt, nur besagen, daß mit dem Beginne der fremden Innehabung die frühere verloren geht oder aufhört, ohne daß darum mit der neu begonnenen Innehabung gewisse rechtliche Wirkungen verbunden wären? Dann sagt man freilich nicht mehr, als was eben Thatsache, was daher zu sagen kaum nöthig ist. Welcher Unterschied besteht aber zwischen dem Verluste der Ausübung des Rechtes über

eine Sache, welche mein Eigenthum iſt, deßhalb, wenn und weil mir die Sache durch einen Andern weggenommen wurde und jenem Verluſte des Rechtes auf eine fremde Sache und deren Benützung, wenn deren Eigenthümer die Ausübung eines ſolchen Rechtes plötzlich nicht mehr geſtattet? Hier wie dort iſt die Ausübung des Rechtes unmöglich geworden, hier wie dort muß ſie wieder gewonnen werden, hier wie dort kann der, ſo früher das Recht ausgeübt, hiezu dieſelben Mittel, aber auch nur dieſe anwenden.

Schon Savigny, welcher beim Beſitze vom Begriff der Innehabung (detention) ausgeht, den Beſitz ſeinem materiellen Inhalte nach in der detentio einer Sache verbunden mit dem animus possidendi, d. i. animus domini oder sibi habendi, als der Abſicht, die Sache als ſein Eigenthum zu behandeln, ſieht,*) und conſequent, wie die andern römiſchen Juriſten, den Beſitz mit dem Aufhören des fiſiſchen Verhältniſſes der detentio (corpore), oder jenem der Abſicht, animus possidendi, oder endlich mit dem gleichzeitigen Aufhören beider (corpore oder animo) verlieren läßt; führt dieß in einer Art aus, daß dabei die einfachen eben angeführten Begriffe ſehr verwiſcht werden. Da, ſagt Savigny, zur Fortdauer des Beſitzes nicht eine gegenwärtige unmittelbare Herrſchaft, ſondern nur nöthig iſt, daß dieſes Verhältniß nach Willkür reproducirt werden kann, ſo geht der Beſitz erſt verloren, wenn dieſe willkürliche Einwirkung ganz unmöglich geworden iſt. Es iſt hier nicht der Ort zu unterſuchen, ob ſich dieſe Auslegung aus den römiſchen Rechtsquellen rechtfertigen läßt, man könnte es vielleicht bezweifeln; allein genug deutlich iſt damit das Bedürfniß ausgeſprochen, für den Beſitz einen Begriff zu gewinnen, der befreit von dem blos für das Eigenthum berechneten Merkmal der Innehabung durch ſeine Allgemeinheit für das Recht überhaupt, oder, wenn man will, für alle Rechte ausreicht. Die detentio, die fiſiſche Innehabung endet, wenn das ſie conſtituirende faktiſche Verhältniß aufgehört hat, und mit ihr der Beſitz, ohne daß die Möglichkeit, die Innehabung zu reproduciren, dieß hindern könnte, denn eben in dem Reproduciren liegt die Beſtätigung, daß die Innehabung und mit ihr der Beſitz verloren war, um reproducirt zu werden.

Ganz anders geſtaltet es ſich, wenn der Beſitz in der Ausübung des Rechtes gefunden wird. Die Ausübung nicht eines einzigen Rechtes

*) Vergl. deſſ. o. c. W., §. 9—30 und 31 deſſ.

fordert begriffsmässig eine ununterbrochene Aeußerung aller in dem Rechte liegenden Befugnisse; je nach Verschiedenheit des Rechtes genügt eine oder mehrere derselben, ohne daß sich dieß im Allgemeinen und mit Vermeidung einer gründlichen Untersuchung des Rechtes selbst näher angeben ließe, um die Ausübung des Rechtes als fortdauernd zu erklären; darin liegt die permissive Natur des Rechtes. Ich übe mein Recht aus, wenn es sich nur in gewisser Beziehung als solches äußert. Ein durch mich eingefriedetes Grundstück bleibt in meinem Besitze, auch wenn ich es nicht bebaue, oder dessen Früchte nicht einsammle; denn auch dazu bin ich als Berechtigter befugt und in dem Bestande der Einfriedung ist für Jedermann erkennbar, daß das Feld, das ich durch die Einfriedung aus dem allgemeinen Freien ausgeschieden, auch weiterhin als solches bestehen soll. Es bleibt in meinem Besitze, selbst wenn ein Anderer in dasselbe eindringt und mich verdrängen will; der Besitz hört erst auf, wenn der Andere die Einzäunung beseitigt, denn dann besteht nichts, woran man meine Rechtsausübung erkennen sollte. Für die römische Auffassung, daß der Besitz von Grundstücken erst dann aufhört, wenn die Unmöglichkeit, die fisische Herrschaft über den Grund zu reproduciren zum Bewußtsein des vorigen Besitzers gekommen ist, läßt sich aus der Natur des Besitzes nichts anführen; dasselbe müßte bei jedem Besitze gelten, was wol Niemand behaupten wird, wenn z. B. die Sache ohne Wissen des vorigen Besitzers zu Grund gegangen, oder durch einen Andern in Besitz genommen worden ist. Auf den Besitzprozeß ist die Wissenschaft des Besitzers von Einfluß und wird ihr auch in den neueren Gesetzen Rechnung getragen, aber die Dauer des Besitzes ist davon nicht abhängig. Zuweit geht die Behauptung,*) daß man sich auch blos animo im Besitze erhalten könne, wenn man z. B. seine Sache im Walde liegen läßt, vergißt, dann aber sich des Ortes erinnert, natürlich sofern inzwischen kein Anderer die Sache in Besitz genommen. Diese Ansicht ist unpraktisch, weil unter solchen Umständen ein Bestreiten des Besitzes nicht denkbar ist; praktisch würde sie, wenn damals, als sich der Besitzer des Ortes, wo er seine Sache gelassen, erinnert, ein Anderer, insbesondere der Besitzer des Waldes als Besitz-Werber sein Veto einlegt; dann wird die Fortdauer des vorigen Besitzes nicht viel Vertheidiger finden, es wird dabei die faktische Natur des Besitzes zu sehr in Frage gestellt.

*) Vergl. Savigny o. c. W., §. 31.

Daß die Abwesenheit des Besitzers den Besitz nicht aufhebt, ist auch ein Satz, welcher, so weit er richtig, auch von selbst verständlich, in vielen Fällen aber unrichtig ist, daher im Gesetze zweckmäßiger vermieden werden kann. Die Unrichtigkeit des Satzes wird um so auffälliger, wenn der Commentator die Unmöglichkeit, sich beliebig in den Zustand der faktischen Einwirkung auf die Sache zu versetzen, als zum Verluste des Besitzes genügend erklärt*).

Nach dieser Auffassung könnte den Abwesenden nur die Aufstellung eines andern Inhabers als Wächter der Sache, oder ein nicht eröffenbarer Verschluß vor dem Verluste des Besitzes retten. Auf diese Art ist jedoch mit den Andern der Besitzer selbst von der Einwirkung auf die Sache gleichmäßig ausgeschlossen, oder steht doch der Besitz auf sehr schwachen Füßen, da der Inhaber nur noch den Entschluß, die Sache als die seinige zu betrachten, fassen kann, um selbst Besitzer zu werden und hiedurch den Besitz des Vormannes aufzuheben.

In diese Unannehmlichkeit geräth man nicht, wenn man von einem richtigen Begriffe des Besitzes, als einer Rechts-Ausübung, ausgeht; dann tritt das Recht mit seiner eigenthümlichen Natur in den Vordergrund und die Sache oder das Rechtsobjekt in den ihm zukommenden Hintergrund. Das Recht an einer Sache wird nicht immer dadurch ausgeübt, daß man auf derselben sitzt oder steht. Das positive Gesetz selbst kennt die Besitzergreifung durch Bezeichnung, Verrainung 2c., und der Besitz meines Gartens, wie meines zahmen Hundes dauert fort, so lange jener verraint und als mir gehörig bezeichnet, und so lange dieser z. B. am Halsband mit meinem Namen versehen ist und nicht etwa die Rückkehr vergessen, sich verlaufen hat, ungeachtet ich wie immer weit davon entfernt bin; ich bleibe im Besitze meiner gehörig bezeichneten Sommerwohnung, auch wenn ich das Winterquartier bezogen habe, und meine zahmen Bienen sind und bleiben in meinem Besitze, auch wenn sie fortwährend die Gegend durchstreifen, weil das Recht über derlei Objekte ihrer Natur nach nicht anders ausgeübt werden kann.

Der Besitz geht also verloren: a) wenn die Sache zu Grunde gegangen, d. h. seine Erscheinungsform auf eine Art geändert hat, daß sie nicht mehr wahrgenommen werden kann, denn dann hat sie aufgehört, Object des Rechtes, daher auch der Rechts-Ausübung zu sein; b) wenn der Gegenstand seine Erscheinungsform geändert hat, so daß

*) Vergl. Stubenrauch's o. c. W., §§. 347–352, 2.

ihm die frühere nicht wieder gegeben werden kann, jedoch nur dann, wenn dadurch die Rechts-Ausübung unmöglich geworden; also nicht immer, wenn er mit einer fremden Sache zu einem Ganzen verbunden wird, wenn eine Trennung mit Wahrung der Substanz noch möglich ist. Mein Besitz des Kalkvorrathes hat aufgehört, wenn der Nachbar diesen zum Uebertünchen seines Hauses verbraucht, nicht aber, wenn Cajus aus der dem Titus gehörigen Wolle Tuch angefertigt, denn Titus mag nun sein Recht an dem Tuche ausüben, natürlich, so weit es die Natur desselben zuläßt; unpraktisch ist der Fall c) wenn man dem Besitzgegenstande unübersteiglicher Hindernisse wegen nicht mehr beikommen kann, denn da man seine Sache jetzt schon selbst vom Meeresgrunde holen lassen kann, so müßte diese gerade unsern Planeten verlassen haben und doch sichtbar bleiben, wenn dieser Fall nicht mit jenem zusammenfallen soll, wo [a)] die Sache zu existiren aufgehört hat; der Besitz geht d) verloren, wenn das Rechts-Object dem bisherigen Besitzer verloren geht, d. h. aus seiner Rechtssphäre geräth, ohne daß er weiß, wohin, denn hier hat der Gegenstand für den das Recht Ausübenden zu existiren aufgehört. Unrichtig ist der Fall hingestellt, wenn zum Verluste des Besitzes noch der „Abgang einer Wahrscheinlichkeit, oder Hoffnung, den Gegenstand wieder aufzufinden", gefordert wird. Hat sich mein zahmes Thier verlaufen, oder ein gezähmtes die Zahmheit abgelegt und entfernt, so hat es aufgehört, für mich Rechts-Object zu sein, ohne Rücksicht, ob die Wahrscheinlichkeit seiner Rückkehr besteht oder nicht; diese Wahrscheinlichkeit, oder Hoffnung, wie das Gesetz sagt, kann für das rein factische Verhältniß eben so wenig, wie der bloße Wille entscheiden. Durch die und während der Verfolgung eines Gegenstandes, der im Entgehen, z. B. eines Thieres, das im Entlaufen begriffen ist, kann der Besitz erhalten werden, denn diese soll eben verhindern, daß der Gegenstand der Rechts-Ausübung sich entzieht, also bewirken, daß er es bleibt; aber der bloße Wille hat hier keine Bedeutung. Wenn ich das mir entlaufende Thier verfolge und Jenen, der es allenfalls ergreifen will, zurückstoße und andere Hindernisse beseitige, wenn meine Kraft nicht ausreicht, die richterliche Hilfe anrufe, strebe ich, mich im Besitze zu erhalten; eben so wenn der Andere, dessen Sache ich bisher zu meinen Zwecken benützt, diese Benützung plötzlich hindert und ich seine Hinderung mit Gewalt zurückweise, oder hiezu die richterliche Hilfe in Anspruch nehme, suche ich mich im Besitze des Rechtes zu erhalten; ich habe ihn noch nicht verloren, sonst könnte ich ihn nicht erhalten, ich müßte ihn wieder zu er-

langen ſuchen. Nur ſo bringt man in die Beſtimmungen über den Verluſt des Beſitzes Uebereinſtimmung und Conſequenz. Der Beſitz geht nicht verloren e) wenn ein Anderer in den Beſitz der Sache ſich ſetzt, außer, wenn der Vormann dieſen Beſitz-Uebergang geſchehen läßt, ohne ihn abzuwehren, oder die richterliche Hilfe dawider anzurufen, denn auch hier muß es Mittel geben, ſich den Beſitz zu erhalten, den Verluſt zu verhindern, bevor er eingetreten, wo dann nur ein Wiedererlangen des Beſitzes möglich iſt. — Nach Anſicht der Commentatoren (ſcheinbar auch nach dem Geſetze) hebt der Beſitz eines Andern den früheren Beſitz auf, weil zufolge der ausſchließenden Natur des Beſitzes eine Compossessio in solidum nicht denkbar iſt*). Ein Mitbeſitz Mehrerer nach ideellen Theilen wird aber zugegeben. Dieſe Anſicht ſtammt, wie ſchon bemerkt, von den alten römiſchen Juriſten, welche es für unmöglich erklärten, daß ein Anderer dort ſtehen oder ſitzen könnte, wo ich eben ſtehe oder ſitze, und dabei im Rechte waren, nicht aber, wenn ſie damit den Begriff des Beſitzes erſchöpft zu haben meinten. Alle Bedenken gegen den Mitbeſitz ſchwinden, wenn man den Beſitz als die Ausübung des Rechtes erfaßt, woraus folgt, daß das Recht, welches Mehreren zukommt, eben ſo ſicher von Mehreren auch ausgeübt werden kann. Man laſſe die verſchiedenen Begriffe von eadem possessio*) und compossessio in solidum bei Seite und halte den angegebenen Begriff von Beſitz und Mitbeſitz feſt, und man wird kein Bedenken haben, dieſem volle Berechtigung zuzuerkennen. Man denke einen Brunnen, aus welchem Mehrere Waſſer ſchöpfen; A hat einen Garten, den er aus demſelben befeuchtet, B baut ein Haus und gebraucht das Waſſer des Brunnens zu den Baumaterialien, C hat eine Bleiche, wozu er daſſelbe Waſſer benützt; D endlich nimmt ſolches nur zur Befriedigung ſeines Durſtes. Dieſe vier Perſonen ſchöpfen das Waſſer zu ganz verſchiedenen Zeiten, an verſchiedenen Stellen und in ganz ungleichen Quantitäten; ſie Alle befinden ſich im Beſitze des Rechtes des Waſſerſchöpfens, eigentlich der Benützung des Brunnens. Oder was ſoll zum Beſitze dieſes Rechtes erforderlich ſein? Ich ſchöpfe aus meinem Brunnen, wenn ich Waſſer benöthige, ohne etwa am Brunnen ſitzen, oder fortwährend ſchöpfen zu müſſen. Man könnte vielleicht ſagen, daß dießfalls ein Unterſchied beſteht zwiſchen dem Rechte, den Brunnen zu benützen, und dem Eigenthumsrechte an dem Brunnen. Aber alles Eigen-

*) Vergl. Stubenrauch o. c. W.
**) Fr. 3. § 5. D. 71. 2.

thum besteht im Wesen nur in der beliebigen Benützung eines Gegenstandes, und der Eigenthümer des Brunnens kann diesen eben auch nicht anders benützen, als daß er dessen Wasser verwendet, obwohl er ihn auch noch veräußern oder verschütten könnte. Uebrigens handelt es sich hier nicht um das Recht selbst, sondern um die Ausübung desselben, den Besitz des Rechtes, und diese ist bei dem Eigenthümer eine gleiche, wie bei dem anders Berechtigten. Mehrere können gleichzeitig über dieselbe Sache dasselbe Recht ausüben, besitzen, und die Unmöglichkeit des Mitbesitzes Mehrerer ist kein hinreichender Grund, den Besitz mit dem Beginne desselben durch einen Andern aufhören zu lassen.

Es ist eigentlich dieser Satz ganz unrichtig gestellt, und muß vielmehr die Frage dahin gerichtet werden, ob der bisherige Besitzer des Besitzes verlustig wird, wenn ein Anderer mit dem Eigenthumswillen sich der Ausübung desselben Rechtes anmaßt, — und die bejahende Beantwortung dieser Frage erklären wir für unrichtig, weil kein Grund besteht, den Besitz der Rechte über, oder in Betreff fremder Sachen durch Einklagung erhalten zu lassen, dem Besitze des Rechtes in Betreff der eigenen Sache aber eine solche Befugniß, oder Möglichkeit abzusprechen. Wir verlangen eine völlige Gleichstellung. Es mag sich z. B. um die Benützung des mir eigenthümlich gehörigen Brunnens, oder um die Benützung, welche mir durch einen Andern rücksichtlich seines Brunnens eingeräumt wurde, handeln, in beiden Fällen kann ich mich, falls ein Anderer diese Rechtsausübung nicht gestattet, durch die Einklagung des Besitzes in diesem erhalten. — Gleiche Wirkung mit der Einklagung muß in dieser Beziehung auch die Selbsthilfe haben, welche die richterliche, falls diese zu spät käme, ersetzt, und geht mein Besitz nicht verloren, wenn ich den Störer mit Gewalt zurückweise, ihm die entzogene Sache wieder entreiße. Viel praktischen Werth hat diese Differenz zwar nicht, denn bei der gegnerischen Ansicht ist der neue Besitzer als ein unechter ohnehin völlig rechtlos, und die Schritte des Vormannes zur Wiedererlangung des Besitzes sind dieselben, wie die zur Erhaltung, Aufrechthaltung desselben wären; aber es handelt sich um die theoretische Richtigkeit einer Doktrin, welche streng durchgeführt werden muß.

Unzweifelhaft endlich hört der Besitz auf f) wenn der Besitzer den Willen zu besitzen ausdrücklich oder stillschweigend aufgibt, er mag die Sache einfach verlassen, oder seine Rechts-Ausübung an einen Andern übertragen, denn dieß ist die einzige regelrechte Besitz-Erwerbung, diese für den Antreter, und der Verlust für den Vormann,

vorausgesetzt, daß es sich um die mittelbare, und nicht um die sogenannte ursprüngliche Besitz-Erwerbung handelt.

§. 20. Wie und wo ist der sogenannte Besitz im Gesetze zu behandeln?

Der Besitz wird in den positiven Gesetzen unter den Rechten, und zwar als das erste dingliche Recht behandelt. Nach den vorausgeschickten Bemerkungen dürfte der Besitz weder als bloße Thatsache ohne rechtliche Bedeutung, noch als Recht behandelt werden, obwohl er die Natur der erstern hat. Als ein in mehrfacher Beziehung rechtlich wichtiger und bedeutender Zustand hat der Besitz seinen Platz im materiellen, wie im formellen, oder Proceß-Gesetze, da er zugleich für die Theorie des Beweises von der höchsten Wichtigkeit ist. Indeß ist seine Natur und dieß sein Wesen (im Processe) derart entschieden, daß eine ausführliche Behandlung desselben als selbstständigen Gegenstandes entbehrlich wird und der Besitz nur als ein die ganze Theorie Durchdringendes mitbehandelt wird.

Anders ist es im materiellen Gesetze, wo der Inhalt des Besitzes eine genauere Regelung finden muß, während für den Proceß nur die Form entscheidet. Da der Besitz eine so allgemeine Natur hat, daß er das Recht überhaupt, oder, wenn man will, alle Rechte betrifft, so wird er auch in dem allgemeinen Theile behandelt werden müssen, wo die allgemeine Natur des Rechtes besprochen wird. Das Uebergehen dieses allgemeinen Theiles ist eine Lücke der positiven Gesetze, welche ausgefüllt werden, und worin der Besitz auch seinen Platz finden muß. — An und für sich ist es nicht nothwendig, daß das positive Gesetz über das Recht selbst und im Allgemeinen, wie über seine Natur handle und rein doctrinelle Begriffe und Unterscheidungen aufnehme, indem dadurch die praktische Brauchbarkeit des Gesetzes nur vermindert wird. Dieß gilt jedoch nicht so weit, daß das Gesetz nicht Vieles, was mehr allgemein gilt und daher öfter wiederholt werden dürfte, im Voraus zusammenstellen und so einen allgemeinen Theil gewinnen könnte, der darum Nichts an seiner praktischen Bedeutung einbüßt. Dieß gilt insbesondere vom Rechte in seinen verschiedenen Gestaltungen, oder den mehreren Rechten, die man zu unterscheiden pflegt, über deren Bestandtheile, Erwerbung, Ausübung, Umänderung und Verlust sich eine Menge Bestimmungen finden lassen, die bei allen Rechten gleichmäßig

gelten, daher, um Wiederholungen zu vermeiden, vorausgestellt werden können.

Einen hervorragenden Platz unter diesen allgemeinen Bestimmungen wird die Ausübung des Rechtes, oder der Rechte, der sogenannte Besitz einnehmen, wobei sich das Wesen der Rechts-Ausübung und alle damit verknüpften rechtlichen Wirkungen mit wenigen allgemeinen Sätzen normiren lassen, wobei vielleicht sogar ohne viele Sprachschwierigkeiten der Ausdruck Besitz ganz vermieden werden kann. — Die Theorie der sogenannten Ersitzung und Verjährung allein wird, um nicht störend zu werden, einen besonderen Platz finden müssen. Dieß hat jedoch keine besondere Bedeutung, da diese Theorie, wenn man ihr Wesen prüft, nicht so sehr auf der Rechts-Ausübung, als auf dem Zeitverlaufe, oder der Dauer eines gewissen Zustandes beruht, der wegen dieser Dauer ausnahmsweise zu einem rechtlichen erwächst, ungeachtet die gewöhnlichen Bedingungen des Rechts-Erwerbes nicht eintreten, und es hat darum diese Theorie zu viel Selbstständigkeit, als daß sie blos als Ausfluß der Rechts-Ausübung des Besitzes, angesehen werden könnte.

VII.

Das juriſtiſche Prinzip des Nachdruckes.

Vom Herrn L. Bacher in Stuttgart.

Es gibt Verhältniſſe, die nach ihrem ſpezifiſchen Weſen und Charakter ganz außerhalb der Rechtsſphäre ſtehen, ihren Urſprung und ihr Daſein in der ſittlichen und intellektuellen Welt haben. Hieher gehört z. B. die Ehe, die in ihrem Grundweſen in einer dem Rechte fremden Sphäre ihren Sitz hat. Auf der andern Seite gibt es Einrichtungen die nur innerhalb des Rechtes ihre Entſtehung, Entwicklung und Endigung haben, die gewiſſermaßen nur ſo lange leben, als das Recht es ihnen geſtattet. Als Beiſpiel nenne ich das Darlehen, das nur auf dem Boden des Rechts ſein Daſein hat. Während die Ehe und die darauf baſirte Familie ihrem innerſten Bezuge nach ſich jeder rechtlichen Einwirkung entzieht, ja im Gegentheile durch eine ſolche ihr Ethos verletzt würde, hat der Darlehensbegriff nichts, was nicht in rechtlicher Form und auf Grund einer ſolchen exiſtirt. So entſchieden nun dieſer eben geſchilderte Gegenſatz beſteht, ſo ſehr iſt aber zu beachten, daß es hinwiederum kein ſociales Inſtitut gibt, das, mag es ſeinem ſubſtantiellen Charakter nach noch ſo erhaben über den Rechtsbegriff ſein, in der einen oder andern Beziehung nicht desſelben bedürftig iſt, um gerade ſeinen innerſten Inhalt in ſicherer Weiſe darlegen zu können; es ſetzen ſich gewiſſermaſſen juriſtiſche Keime an, es ſind die äußern Abgrenzungen, innerhalb welcher ſich der freie Geiſt der ſittlichen Inſtitute in ſpotanſter Weiſe ergehen kann. Man kann von ihnen ſagen, was die Römer vom Beſitze ſagen: ſie ſind magis facti quam juris, d. h.

hier, sie gehören mehr der sittlichen oder intellektuelen Welt, aber sie nehmen doch rechtliche Bestimmungen in einzelnen Beziehungen an, in welchen dieß geschehen kann, ohne ihr inneres und organisches Sein zu berühren. So verhält es sich mit der Ehe, der Familie, die, wie schon oben bemerkt, eine ursprüngliche nicht im Rechtsorganismus ihre Wurzel habende Lebensform ist, die aber trotzdem Bestimmungen in sich aufnimmt, die aus dem Rechtsgebiet hervorgehen. Inwieweit nun derartige Institute einer solchen Influenzirung zugänglich sind oder nicht ist eine Thatfrage und es hält oft schwer, hier die richtige Grenze zu finden. Allein die Ehe und Familie sind nicht die einzigen Lebensverhältnisse, sondern es gibt noch verschiedene andere, bei welchen sich dieselbe Erscheinung darbietet und hiemit kommen wir auf den unmittelbaren Gegenstand unserer Abhandlung.

Das geistige Schaffen im Gebiete der Darstellung durch die Mittel der Sprache, des Tons, in der Form der Plastik, der Architektur und der Malerei, hat in seiner Ursprünglichkeit an und für sich gar nichts, was der Sphäre des Rechts anheimfällt, es enthält an und für sich auch nicht das Geringste, was einen objektiv rechtlichen Inhalt und Stoff gewährt. Im Gegentheile es ist eine Thätigkeit, die nur eine reine geistige auch nur in rein geistigen Linien verlauft. Ob jemand schriftstellerische Befähigung hat, ob er von dieser Befähigung Gebrauch machen will, mit diesen Fragen hat das Recht nichts zu schaffen; es kann weder einen direkten noch einen indirekten Zwang, resp. Einfluß darauf ausüben, es ist dieselbe ein außerhalb des juristischen Bodens entstehende und ausserhalb desselben sich entwickelnde Kraft, ja selbst wenn ein auf Schaffung eines Geisteswerkes gerichteter Vertrag zu Stande gekommen ist, so hat das Recht nicht direkte Mittel, um dessen Erfüllung herbeizuführen. Es gibt somit auch bei der geistigen Produktion verschiedene Beziehungen, die einen rechtlichen Werth nicht haben und die nie ein Objekt für die juristische Behandlung bilden können, während hingegen bei ihr auch wieder Seiten vorkommen können, bei welchen der Rechtsbegriff anwendbar wird. Es fragt sich nun, in wie weit dieses menschliche Verhältniß zur rechtlichen Einwirkung sich eignet, inwieweit ihm Seiten abgewonnen werden können, welche einer rechtlichen Normirung fähig sind und hiedurch kommen wir auf das von Bluntschli sogenannte Autorrecht.

Sehen wir uns nun dieses neue Rechtsgebäude näher an, so finden wir auf den ersten Blick, daß dasselbe nicht klar gedacht und bestimmt gefaßt ist, daß es große Mühe kostet, um den Grundgedanken dieser juristischen Neuheit

festhalten zu können. Nach der Stellung, die Bluntschli diesem Autorrechte gibt, ist es ein Personenrecht, da er dasselbe in das 1. Buch seines Lehrbuches einfügt, welches die Ueberschrift Personenrecht führt. Er gibt keinen Begriff von seinem Personenrechte, und so werden wir annehmen dürfen, daß er hierunter das versteht, was man in der Regel damit bezeichnet. Hienach ist das Personenrecht die Lehre von den Bedingungen und Qualifikationen der Personen, um Träger von Rechtsverhältnissen werden und sein zu können. Das Recht setzt nothwendig Personen voraus als die Inhaber der aus demselben abfließenden Berechtigungen oder Verpflichtungen, und deshalb hat die systematische Darstellung desselben vor Allem die Aufgabe, dieses Kapitel über die Subjekte von Rechtsverhältnissen zur Erörterung zu bringen. Hieher gehören speziell die Fragen von Entstehung und Ende der Person, von der natürlichen und juristischen Person, von der Jugend und dem Alter, von der Unbescholtenheit und Bescholtenheit der Person. Wenn nun Bluntschli in das Personenrecht auch das Autorrecht setzt, so müßte die Autoreigenschaft auf den status der Person einen rechtlichen Einfluß an sich ausüben; es müßte eine Qualität der Person hiedurch gegeben werden, welche, ganz abgesehen von den übrigen Beziehungen, in welche der Autor treten kann, diesen Begriff modifizirt oder erweitert. Allein der Autor bleibt vor wie nach, mag er nun in Rechtsverhältnisse treten, welche er will, eine einfache Person; und nicht im Entferntesten läßt sich ein Moment an dem Autor entdecken, das den personenrechtlichen Begriff in seinen verschiedenen Gestaltungen beeinflußen könnte. Eben so gut könnte man von einem Schiffer- und anderem Recht sprechen; allein es ist übersehen, daß die Entstehung neuer menschlicher Verhältnisse und Einrichtungen durchaus nicht den Begriff der Person ändere, welcher in der richtigen rechtlichen Abstrahirung stets dieselbe bleibt, mögen sie auch noch so verschiedene rechtliche Verbindungen eingehen und noch so neue thatsächliche Zustände schaffen, deren rechtliche Erfassung für diesen Elementarbegriff ohne Einfluß bleiben muß. Ist es daher deshalb schon unrichtig vom Standpunkte der Systematik von einem Autorrechte im Personenrechte zu handeln, so hat auch der Inhalt dieses neuen Rechtsbegriffes vor einer genauen juristischen Zerlegung keinen Bestand. Bluntschli sagt l. c. S. 111: Das Werk als Geistesprodukt gehöre zunächst dem Autor an, der es erzeugt habe, nicht als eine körperliche Sache, denn das ist das Werk nicht, sondern als eine Offenbarung, als ein Ausdruck seines persönlichen Geistes. Zwischen Autor und Werk bestehe ein natürlicher Zusammenhang, wie zwischen Schöpfer

und Geschöpf, und jener hat ein natürliches (!) Recht, daß dieses Verhältniß geachtet werde. Wer zweifelt, daß das thatsächliche Verhältniß zwischen Autor und seinem Werke von Bluntschli im Allgemeinen richtig angegeben ist, obgleich man nicht recht begreift, warum das Werk nicht auch eine körperliche Sache ist; allein es ist ein Sprung, wenn aus dem Verhältnisse des Schöpfers zum Geschöpfe ohne Bindeglied ein natürliches (?) Recht auf Achtung dieses Verhältnisses abgeleitet wird. Oder vielmehr, wenn hieraus bewiesen werden will, daß das Verhältniß des Erzeugers zum Erzeugnisse zur Folge hat, daß der Dritte, der das Erzeugniß erwirbt, nicht beliebig damit verfahren, unter Anderem auch dasselbe vervielfältigen darf. Aus der Thatsache, daß Jemandet was erzeugt, folgt nur, daß er Eigenthümer des Erzeugten wird; aber die viel weiter gehende Befugniß, welche im Verbote des Nachdruckes enthalten ist, kann aus dem Eigenthume nicht abgeleitet werden. Und was soll es heißen: der Autor habe ein natürliches Recht auf Achtung des Verhältnisses zwischen ihm und seinem Werke? In diesen Worten liegt etwas so Unbestimmtes und Vages, daß immer erst die Frage sich aufwirft: 1. worin besteht diese Achtung, und 2. in welcher Weise muß derselben Geltung verschafft werden? Zwar kann ihm das Manuskript, resp. das Kunstwerk, auf eigenmächtige Weise entzogen sein; allein das ist ein Unrecht, das auch bei andern Gegenständen vorkommen kann, wozu kein besonderer Rechtsschutz erforderlich ist. Ja, wenn Jemand ein Manuskript stiehlt und nachdruckt, so gewähren die schon vorhandenen Rechtssätze genügenden Schutz, da die actio furti nicht blos auf Zurückgabe des Gestohlenen, sondern auch auf reelle Entschädigung geht. Ferner ist es zwar ganz richtig, daß der Autor vor Allem das Recht hat, sein Werk für sich zu behalten und eine Veröffentlichung desselben gegen seinen Willen zu verhindern, allein was hierin Besonderes für den Autor ist, ist nicht einzusehen, da dieses Recht jedem Eigenthümer zusteht, der auch nicht gezwungen werden kann, seine Sache zu veräußern. Eben so ist es nichts Besonderes, daß der Autor sein Werk veröffentlichen darf, so wenig man als etwas Besonderes bei der Lehre vom Eigenthume aufführt, daß der Eigenthümer seine Sache verkaufen darf. Es ist somit der erste angebliche Inhalt dieses neuen Begriffes in so weit nichtssagend, als er nur eine Concretisirung der dem Eigenthümer zustehenden Befugniß ist. — Gehen wir nun weiter in der Analyse des Bluntschli'schen Autorrechtes, so sagt er: Es ist eine Verletzung des Autorrechtes, auch wenn durch die Publikation eines Dritten, der von dem Autor nicht dazu

ermächtigt worden, diesem kein ökonomischer Schaden zugefügt wird, sogar dann, wenn dieselbe für den Autor gewinnbringend war; denn Niemand hat ein Recht, den Autor wider seinen Willen öffentlich zum Publikum reden zu lassen, und so ein Stück seiner Persönlichkeit, seines Namens und seiner Autorehre der Gemeinschaft preiszugeben. So wahr nun der letztere Satz ist, so wurde er nie als der entscheidende Gesichtspunkt bei den Einwendungen betrachtet, welche zur Sicherstellung der schriftstellerischen Thätigkeit gemacht wurden. Man verfolge den Verlauf dieses Kampfes um Anerkennung der ausschließlichen Ausnützung des geistigen Schaffens und den Prozeß der darauf basirten Rechtsbildung, so ergibt sich mit Evidenz, daß der materielle Nachtheil, der dem Schriftsteller, resp. dem Verleger zugefügt wird, entscheidend und bestimmend war in dem für den Schriftsteller angestrebten Rechtsschutze. Es ist daher, schon nach dem historischen Gange dieser Verhältnisse, eine Unrichtigkeit, die Gewährung, resp. die Sache des Vermögenswerthes in die zweite Linie zu setzen; die Tendenz und die Absicht des den Schriftstellern zu Theil gewordenen Rechtes läßt sich vornehmlich aus den denselben, seiner Feststellung und Anerkennung, vorausgegangenen Diskussionen entnehmen; denn wenn diese auch nicht förmlich das Auslegungsmoment für die bestehende Gesetzgebung bilden, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß sie bei der Auffassung derselben von dem maßgebendsten Einfluße sind. Um seinen Gedanken zu rechtfertigen, sagt uns Bluntschli: selbst wenn die Veröffentlichung gewinnbringend sei für den Autor, sei dieselbe einem Dritten nicht gestattet. Allein hiezu bedarf es in der That nicht eines besonderen Autorrechtes, indem auch bei jedem andern Rechte, das einem Individuum zusteht, ganz derselbe Grundsatz gilt, welcher sich dahin zusammenfaßt, daß Niemanden eine Befugniß zur Einwirkung auf den einem Dritten zukommenden Rechtskreis zusteht, es sei denn, daß er hiezu dieselbe auf eine nach dem bestehenden Rechte zulässige Weise, selbst wenn dadurch dem Berechtigten ein noch so großer Nutzen daraus erwachsen würde, erworben hat. So wenig als Jemand berechtigt ist, ohne meinen Willen meine Sache, wenn auch noch so vortheilhaft, zu veräußern, eben so wenig hat er das Recht, mein Manuskript zu veröffentlichen. Das sind Befugnisse, resp. Schranken, die aus allgemeinen, dem Rechte schon längst angehörigen Prinzipien herfließen, und die absolut nicht erfordern, ein besonderes Autorrecht aufzustellen, bei welchen sie als eine Eigenthümlichkeit figuriren sollen, während sie sich vielmehr nur als Anwendung eines allgemeinen Rechtssatzes darstellen. — Es ist meines

Erachtens nie der Hauptzweck aller Bestimmungen zur Sicherung des Schriftstellers gewesen, noch nicht veröffentlichte Manuskripte zu schützen, sondern den Abdruck veröffentlichter Werke zu verhüten; dieß war der Kardinalpunkt bei dem Ringen nach Schutz, und erst von diesem aus kam man auf die Ausdehnung dieses Schutzes auf noch nicht veröffentlichte Werke, geleitet von dem Gedanken, daß, was von dem Nachdrucke schon publizirter Werke gelte, noch vielmehr für den Abdruck noch nicht publizirter zu gelten habe, da bei dieser Handlung noch ein weiteres Unrecht, sei es nun Diebstahl oder Verletzung der Depositarpflicht u. s. w. konkurrirt. Streng genommen war freilich für die letzteren Fälle in zivilrechtlicher Beziehung keine neue Rechtsbestimmung erforderlich hinsichtlich der Existenz eines Klagerechtes, indem die Diebstahls-, Mandats-, Depositen- und Commodatsklage bei diesen Fällen in der Regel zutreffen wird; allein wegen der rechtlichen Erweisung des Schadens war es zweckmäßig, diesen Fall dem Nachdrucke gleich zu behandeln. Es ist somit eine Verrückung des wahren Standpunktes, wenn der Druck noch nicht veröffentlichter Werke zum Ausgangspunkte des dem Autor zustehenden Rechtes genommen wird, und ist diese Auffassung historisch und begrifflich nicht gerechtfertigt. Ferner sagt nun Bluntschli: Niemand habe ein Recht, sein Werk der schriftstellerischen Persönlichkeit, seines Namens und seiner Ehre preiszugeben. Vollkommen zugegeben: so wird man doch sehr bezweifeln müssen, ob derartige Gesichtspunkte juristische sind, in so ferne als sie den Inhalt, nicht die Motivirung eines Rechtssatzes bilden sollen. Im Gebiete des Privatrechtes zumal handelt es sich von Vermögensrechten, von den rechtlichen Grundsätzen über Mein und Dein, von dem Schutze, den die Erwerbung des Vermögens verdient, und das erworbene Vermögen; nie und nimmermehr aber kann die schriftstellerische Persönlichkeit, der Name und die Ehre des Autors an und für sich Inhalt eines Rechtssatzes sein. Es kann das Autorrecht in dieser Auffassung nur als ein kriminalrechtliches Objekt betrachtet werden; allein auch hier wäre es irrig, denn das bloße Preisgeben seiner Persönlichkeit, seines Namens und seiner Autorehre an die Gemeinschaft kann, so weit nicht wirklich dieselbe in eine Injurie ausartet, auch kriminalrechtlich nicht in's Gewicht fallen. Denn mag man sich in strafrechtliche Kategorien und Strafe mit noch so großer Lust ergehen, ein strafrechtlicher Gesichtspunkt in den von Bluntschli hervorgehobenen Beziehungen läßt sich schwer finden, auch würde dieser Gesichtspunkt nur bei noch nicht veröffentlichten Werken zutreffen, nicht aber bei solchen, welche schon pu-

blizirt sind, und gerade hauptsächlich wegen dieser ist das Nachdrucksverbot in's Leben gerufen worden. Er selbst sagt, der Geistesverkehr lasse sich nicht ganz rechtlich ordnen, und führt insbesondere das Plagiat an als keine Rechtsverletzung; er sieht somit selbst ein, daß dem schriftstellerischen Schaffen Beeinträchtigungen widerfahren können, die meines Erachtens weit schlimmer auf den Schriftsteller einwirken können, als der Druck eines noch nicht veröffentlichten Manuskriptes; hier bei dem Plagiat liegt noch vielmehr eine Mißachtung der schriftstellerischen Persönlichkeit, des schriftstellerischen Namens und seiner Ehre vor, und doch sieht Bluntschli hierin nur eine moralische — nicht aber eine Rechtsverletzung. Er sagt sodann selbst, daß der Rechtsschutz da beginnt, wo das Werk als möglicher Verlagsgegenstand erscheint; allein hierin liegt ein Zugeständniß an die diesseitige Anschauung; denn gerade der Verlag dient den materiellen Interessen des Autors und hat vornehmlich deren Befriedigung zum Zwecke, und wenn auch bei dem Geben eines Werkes in den Verlag noch andere Beweggründe mitwirken, so hat doch Gerber gewiß Recht, daß eine materielle causa stets vorhanden sei. Bluntschli sucht sein neues Theorem, daß das ausschließliche Mittheilungsrecht als persönliches Recht den Nerv des sogenannten Autorrechtes bilde, noch dadurch zu beweisen, daß das Hauptgewicht nicht auf die Verlagskosten, noch auf den Verlagswerth, sondern auf die geistige Hervorbringung, nicht auf seine Brauchbarkeit im Verkehr, sondern auf der Originalität des Werkes, nicht wie bei Geräthschaften auf die industrielle und sächliche, sondern auf die wissenschaftliche oder künstlerische Bedeutung gelegt wird. Allein der Beweis, der hiemit geführt werden will, scheint mir nicht gelungen. Der Grund, warum die geistige Hervorbringung in ihrer Originalität, und nur diese geschützt wird, besteht nicht darin, daß ein ausschließliches Mittheilungsrecht eingeräumt werden will, sondern in der sehr richtigen Erwägung, daß, wie ein Rechtsphilosoph sich schön und richtig ausdrückt, das Element, in welches das Subjekt seine Individualität legt, auch das wirkliche Lebenselement seiner individuellen Subsistenz werde. Das ist der wahre Grund des dem Autor eingeräumten Rechtes, und hiemit vereinigt sich sehr leicht das, was Bluntschli anführt, für die seinem Autorrechte unterstellte Motivirung. Hieraus ergibt sich leicht, daß ein solcher Schutz nur Demjenigen gebührt, welcher wirklich ein Individuelles, Besonderes und Originelles zu Tage gefördert hat; hieraus ergibt sich ferner leicht der Nachweis, daß es nur auf diese Originalität ankommt, nicht aber auf den Verkehrswerth und Brauchbarkeit, indem

eben dem geistigen Ich in seiner originellen Aeußerung die Gelegenheit verschafft werden soll, auch den weiteren Vortheil aus ihr zu ziehen. Es ist somit dieses ausschließliche Mittheilungsrecht nicht der Grund, sondern die Folge des dem Schriftsteller eingeräumten Rechtes auf ausschließliche Nutzung seines Geistesproduktes. Es ist also von Bluntschli nicht bewiesen, daß das dem Autor zustehende ausschließliche Mittheilungsrecht zunächst ein persönliches sei und nur in sekundärer Weise dessen Vermögenswerth in Betracht komme. Allein setzen wir auch den Fall, daß der Beweisgrund Bluntschli's zutreffen würde, so wirft sich alsbald die Frage auf, ob derselbe hinreicht, um das ausschließliche Mittheilungsrecht zu einem zunächst persönlichen Rechte zu stempeln. Unter persönlichem Rechte oder richtiger Personenrechte versteht man den Inbegriff derjenigen Rechte, welche theils aus der Persönlichkeit selbst herfließen, theils mit der Persönlichkeit in gewissen einzelnen dauernden Grundverhältnissen verbunden sind. Abgesehen von den schon von Gerber in seinem deutschen Privatrechte (§. 219) angeführten Einwendungen ist mit der Bezeichnung „persönliches Recht", das wir nach der Stellung, die Bluntschli seinem „Autorrecht" angewiesen, in dem oben gegebenen Sinne aufzufassen genöthigt sind, nur das Allerallgemeinste gesagt, in so ferne die hier bestehenden Befugnisse, wie jedes Recht, an eine Person sich anknüpfen; für den juristischen Gehalt und Charakter dieser mit der Persönlichkeit des Autors verbundenen Rechte vermag diese Bezeichnung keinen prägnanten und bestimmten, erschöpfenden und dieselben erfassenden Ausdruck zu gewähren; es wäre dadurch, wenn sie überhaupt richtig wäre, nur eine peripherische Beschreibung des in Frage stehenden Institutes gegeben, nicht aber in dessen Zentrum eingedrungen.

Die geistige Thätigkeit, sei es nun auf dem Gebiete der Literatur oder Kunst, bietet dem Rechte nach dem jetzigen Stande der Sache, auf dem Boden der neuesten Errungenschaften in doppelter Beziehung Stoff oder Inhalt; einmal in dem durch Vertrag festgestellten Rechtsverhältnisse zwischen Autor oder Verleger, sodann in dem gegen jeden Dritten wirksamen Verhinderungsverbote des unbefugten Abdrucks, resp. Nachdrucks seiner geistigen Arbeit. Diese beiden Beziehungen, in welchen das geistige Schaffen in die rechtliche Sphäre hineintritt, um hier für seine ihm zusagende Verbreitung die nothwendige Form zu finden, haben nur das äußerliche Moment gemein, daß sie in der Regel dasselbe Objekt haben; hingegen ist die innere Natur dieser rechtlichen Verhältnisse so grundverschieden, der Inhalt und Ge-

genstand dieser Rechte, ihre Wirkungen und Folgen ganz heterogener Art, daß man in der That nicht den geringsten juristischen und logischen Grund hat, diese so verschiedenen Rechtsinstitute wegen der bloß äußern und ganz unwesentlichen Beziehung auf denselben materiellen Gegenstand bei der vollständigen Verschiedenheit ihres innern Wesens zusammen zu behandeln und sie unter einem Namen, das sogenannte Autorrecht, zusammenzufassen. Insbesonders dient dieser Anschauung der Umstand nicht zur Unterstützung, daß der Autor sein Recht ohne alle Honoraransprüche auf den Verleger überträgt; denn einmal wenn auch beim Verlagsvertrage (obwol in den seltensten Fällen) von Seiten des Autors von dem materiellen Nutzen abstrahirt wird oder werden muß, so gilt dasselbe doch nicht von dem Nachdrucke, dessen Verbot die Rücksicht auf den pekuniären Vortheil des Autors hervorgerufen hat; sodann hat auch bei jedem Verlagsvertrage das pekuniäre Interesse seine entschiedene Vertretung in der Person des Verlegers und in den Fällen, in welchen ein Honorar nicht bezahlt wird, geschieht es wohl meist deßhalb, weil der Verleger sich keinen Gewinn verspricht aus dem Vertriebe des Werkes. Wollte man aber auch zugeben, daß bei dem Verlagsvertrage die Veröffentlichung und Verbreitung des schriftstellerischen Gedankens im Vordergrunde und das pekuniäre Interesse in zweiter Linie steht, was aber niemal in der Regel der Fall sein wird, so hat jedenfalls das Nachdrucksverbot seinen Sitz und sein Hauptmotiv in der Gewährung des Vermögenswerthes der schriftstellerischen Leistung und wird hieraus folgen, daß ein für beide Rechtsbeziehungen geschaffenes Autorrecht, wie das Bluntschli'sche, eine unrichtige Generalisirung wäre. Außerdem ist auch bei dem Schriftsteller in der Regel das materielle Interesse sehr wesentlich und wenn es auch nicht zum Wesen des Verlagsvertrags gehört, da zugegeben werden muß, daß ein solcher ohne Festsetzung eines Honorars verkommen kann, so gehört doch zu den regelmäßigen Bestandtheilen desselben, daß dasselbe als ein naturale negotii betrachtet werden kann. Uebrigens wird stets ein pekuniäres Interesse, wenn auch in zukünftiger Gestalt dabei mitwirken.

Fassen wir kurz zusammen, was wir gegen das Bluntschli'sche Autorrecht vorzubringen haben, so hat

1. die Stellung dieses Autorrechts in dem Personenrechte und die Auffassung desselben als ein Personenrecht den Mißstand, daß der mit dem letzteren zu verbindende Begriff, wie er in der Wissenschaft des Rechts besteht, gar nicht anwendbar ist, indem das Autorrecht, selbst

wenn es eine juristische Existenz wäre, wie es aber nicht ist, kein die Qualifikation der Rechtspersönlichkeit modificirendes Phänomen wäre.

2. Soll der Ausdruck „persönliches Recht" etwa die Bedeutung haben, daß das ausschließliche Mittheilungsrecht ein der Person des Schriftstellers zustehendes sei, so würde hiemit noch nichts über den Charakter dieses Rechts gesagt sein, ob derselbe ein dinglicher, forderungsrechtlicher oder wie sonst sei. Daß es kein höchstpersönliches Recht sein soll, geht daraus hervor, daß Bluntschli selbst eine Uebertragung desselben auf den Verleger statuirt, was nicht möglich ist bei einem derartigen höchstpersönlichen Recht.

3. Ferner beruht das sogenannte Autorrecht auf einer falschen Generalisirung zweier im Gebiete des geistigen Schaffens zu Tage tretenden rechtlichen Erscheinungen, die eben nur im Allgemeinen das materielle Objekt gemein haben, deren rechtliche Natur aber in jeder Beziehung auseinandergeht.

4. Entspricht es nicht den Regeln der juristischen Constructionslehre, neue Rechtsbegriffe ohne Noth aufzustellen, deren Inhalt zudem dem Gesetze der juristischen Formulirung nicht genügt.

Eine weitere auffallende Erscheinung bei Bluntschli ist, daß er das Autorrecht ohne Rücksicht auf das bestehende positive Recht, gewissermassen a priori konstruirt und ganz außer Acht läßt, ob dasselbe aus der Summe der vorhandenen und geltenden Rechtssätze sich so wie er will begründen läßt. Er spricht ganz vornehm von der Rechtsgelehrsamkeit und verfällt überhaupt in seinem ganzen Lehrbuche in den Fehler, daß er nicht auf Grund der positiven Rechtsbildung, wie sie auf Gesetz und Gewohnheitsrecht beruht, die einzelnen Lehren aufbaut und explicirt, daß er nicht mit dem vorhandenen und gesetzlich sanktionirten Rechtsbegriffe operirt und den gegebenen Stoff unter die Herrschaft eines zur gesetzlichen Geltung gelangten Rechtsprinzipes zu bringen sucht, sondern er konstruirt aus der subjektiven Rechtsanschauung heraus die thatsächlichen Verhältnisse und behandelt sie nicht blos vom Standpunkte des in Deutschland geltenden Rechtes, sondern vom Standpunkte einer aus allen Ländern und aus seiner eigenen Anschauung geschöpften Doctrin. Er steht nicht auf dem Standpunkte eines positiven Juristen, sondern eines im Allgemeinen reflektirenden, juristische Gegenstände nach verschiedenen Legislationen beurtheilenden Rechtsphilosophen. Dieses vornehme Herabsehen auf die Bemühungen der Juristen, die dem Autor einzuräumenden Befugnisse auf dem Boden des positiven Rechts zu fundiren, spricht sich besonders deutlich aus in einer Recension von Bluntschli

in der kritischen Ueberschau I, S. 7, wo unter Anderem behauptet wird, daß viele achtbare Juristen sich nicht zu gehen trauen, wenn sie nicht an den Citaten der reinen Juristen wie an Krücken sich lehnen können. Allein wie kann Jemand anders verfahren, wenn er innerhalb des positiven Rechts bleiben will? Es ist einmal unumstößliche Thatsache, daß unser Rechtszustand seine Grundlage in dem römischen Rechte hat, welches als subsidiäres gemeines Recht in Deutschland gilt und daher überall gilt, wo nicht eine partikuläre Rechtsbildung es verdrängt hat. Wenn nun irgend ein thatsächliches Verhältniß dem positiven Juristen vorliegt, so kann er nur, wenn er anders auf dem Boden des gegebenen Rechts stehen bleiben und sich nicht in subjektive, beliebig zu bildende Rechtsanschauungen verlieren will, innerhalb des gesetzlich sanktionirten Rechtsstoffes eine Normirung oder Entscheidung für dasselbe finden, sei es nun, daß eine ausdrückliche Norm hiefür existirt, oder sei es, daß durch gehörige Analyse des Verhältnisses, Analogie und Combination eine Entscheidung gefunden werden kann. Unrecht ist es hingegen, weil die Stellung und Aufgabe des positiven Juristen verkannt, überschritten wird, entweder aus seinem eigenen Kopfe Rechtssätze schöpfen zu wollen oder aus verschiedenen Gesetzgebungen eine Gesetztheorie abstrahiren zu wollen, sofern sie auf praktische Anwendbarkeit Anspruch machen soll und sofern sie nicht lediglich das Resultat wissenschaftlicher Forschung sein will, also ohne die Prätension auftritt, positive Geltung zu haben. Wenn nun der positive Jurist in demjenigen Lande, in welchem das römische Recht rechtliches Dasein noch hat, sich bemüht, Verhältnisse, welche im Laufe der Zeit entstanden sind und wofür dasselbe keine Entscheidung darbietet und auch die einheimische Gesetzgebung keine gesetzliche Bestimmung getroffen hat, nach Maßgabe eines in dem Rechtssysteme anerkannten Prinzips, sofern dieses ohne Zwang geschehen kann, in rechtliche Behandlung zu nehmen, so bleibt er nicht blos innerhalb der ihm gesteckten Grenzen, sondern er würde, wenn er anders verfahren würde, seine Competenz überschreiten, in das Gebiet der Gesetzgebung übergreifen, wozu er nie und nimmermehr berechtiget ist. Es ist entschieden schief, wenn Bluntschli hierin eine Schwäche, eine Unsicherheit sieht und in dieser Beziehung von Krücken redet, die gewisse Juristen nicht entbehren können, so daß es ein viel größeres Verdienst und ein Zeichen von juristischem Scharfsinn und Combinationsgabe ist, einem so spröden Stoff die richtige rechtliche Formung auf Grund der geltenden Rechtsprinzipien zu geben und mit genauer Analyse desselben ihn in dem richtigen Fachwerke unterzubringen,

beziehungsweise den Nachweis zu liefern, daß das bestehende Recht keinen Anhaltspunkt für das im Volke gefühlte Bedürfniß eines Schutzes eines thatsächlichen Verhältnisses gewährt, daß somit eine Lücke besteht, die nur durch besondere gesetzliche Bestimmungen ausgefüllt werden kann. Einmal ist es eines der schwierigsten Probleme, oft für solche neue Beziehungen aus dem vorhandenen Kreis von Rechtsprinzipien die juristische Gestaltung in adäquater und den Thatbestand einestheils vollkommen ausfüllender, anderntheils sich anschmiegender Weise zu gewinnen und sodann steht es nicht in der Wahl des Juristen, ob er diese Operation vornehmen will oder nicht, so lange er noch an dem Satze festhält, daß nur dasjenige gesetzliche Geltung hat, was auf einem Gesetze oder auf einem Gewohnheitsrechte (als seiner Quelle) basirt.

Es ist somit dieses Verfahren nicht ein Zeichen von Unselbstständigkeit und selbstgeschaffener Lahmheit und deßhalb auch kein Krückenwesen, sondern ein auf den einzig richtigen Grundlagen stehendes Benehmen und Handeln des nicht sich souverän dünkenden positiven Juristen der bezüglichen Verhältnisse. Es wäre freilich viel leichter, unbekümmert um das positive Recht, nach seiner subjektiven Anschauung von Recht und Unrecht solche Fragen zu entscheiden, allein hiemit würden wir allen sichern Boden verlieren und in die luftige Region des subjektiven Reflektirens gerathen, die sich schon mit dem Begriffe des Rechts als einer objektiven Norm gar nicht verträgt.

Die Walter'sche Auffassung der Autorverhältnisse.

Walter in seinem Lehrbuche faßt die hieher bezüglichen Fragen unter verschiedene Gesichtspunkte. In der Lehre vom Eigenthume spricht er vom Eigenthume an geistigen Erzeugnissen (§. 125 seines Lehrbuches) und in der Lehre von den Forderungsrechten spricht er vom Verlagsvertrage und zwar 1. von dem Verhältnisse zwischen dem Schriftsteller und Verleger und 2. von der juristischen Behandlung des Nachdruckes.

Diese Behandlung hat jedenfalls den Vorzug, daß er die zur Sprache kommenden Rechtsverhältnisse nicht wie Bluntschli unter einen gemeinschaftlichen Rechtsbegriff zusammenfaßt, sondern sie getrennt hält, so daß ihn die oben gemachten Aussetzungen über die unnatürliche Stellung so heterogener Beziehungen unter ein sie beherrschendes Rechtsprinzip nicht treffen. Hingegen scheint er nach der Stellung, die er dem Nachdrucke gibt, davon auszugehen, daß das Nachdrucksverbot ein integrirender Bestandtheil des Verlagsvertrags ist, insofern er bei der Darstellung dieser Vertragsform sie durch die gewählte Bezeichnung

in zwei zusammenhängende Theile spaltet. Es ist übrigens auch möglich, daß er durch diese Darstellungsweise nicht eine rechtlich nothwendige Coexistenz dieser zwei Theile behaupten wollte, sondern nur das regelmäßige gewöhnliche Zusammentreffen des Verlagsvertrages mit dem Nachdrucksverbote. Allein selbst wenn dieß seine Meinung sein sollte, so wäre diese Zusammenstellung aus Gründen der Systematik nicht zu billigen, da diese Rechtsbezüge ihrer innern Natur nach sich wesentlich unterscheiden und nach den Grundsätzen einer richtigen Ordnung muß die rechtliche Natur der fraglichen Institute, nicht aber das äußere Zusammentreffen derselben entscheidend sein.

In dem §. 123 hingegen handelt er nur von dem Eigenthume an geistigen Erzeugnissen und dieses Kapitel erscheint einer nähern Betrachtung würdig. Daß hierunter nicht das verstanden werden darf, was viele mit literarischem Eeigenthum bezeichnen, konnte von einem so scharfsinnigen Kopfe, wie Walter ist, erwartet werden, selbst wenn er es auch nicht ausdrücklich aussprechen würde; denn die Anhänger des sogenannten literarischen Eigenthums stellen diesen Begriff hauptsächlich in der Richtung auf, daß dadurch der Nachdruck eines veröffentlichten Werkes als ein Eingriff in das literarische Eigenthum angesehen werden soll und gerade in dieser Beziehung sagt Walter, daß diese Frage augenscheinlich keine Frage der Respektirung des Eigenthums sei; sie berühre vielmehr die natürliche Freiheit der menschlichen Handlungen und gehöre daher unter einen andern Gesichtspunkt. Hat nun Walter sich vor diesem Irrthume bewahrt, so wird man in seinem Eigenthume an geistigen Erzeugnissen doch auch eine juristische Irrlehre sehen müssen. Er spricht nämlich von dem Eigenthume an einer Idee insofern, als man dieselbe erzeugt hat, ferner insofern als man Herr ist, dieselbe mitzutheilen oder für sich zu behalten und im zweiten Falle auch allen Nutzen davon zu ziehen, der ohne deren Veröffentlichung davon gezogen werden kann. Allein es dürfte nicht schwer halten, nachzuweisen, daß diese mit einer Idee gegebenen Möglichkeiten noch nicht zur Anwendung des Eigenthumsbegriffes hinführen und daß selbst, wenn dieß der Fall wäre, nicht viel gewonnen würde. Die Aufstellung eines Rechtsbegriffs, resp. die Anwendung desselben, hat nur dann einen Werth und setzt sich nicht dem Vorwurf einer leeren Spielerei aus, wenn durch denselben Beziehungen zu Dritten bestimmt werden, wenn er dazu dient, Jemand einen gesicherten Rechtskreis gegen Außen zu verleihen. So oft dieß nicht der Fall ist, hat die Aufstellung eines Rechtsbegriffes nichts Reelles, denn das Recht hat seinem Wesen nach

die Aufgabe, die äußern Beziehungen der Menschen zu regeln, und da beginnt dessen Wirksamkeit, wo eine Aeußerung, ein nach Außen sich Manifestirendes, vorliegt. Wenn wir nun die geistige Produktion ins Auge fassen, so ist sie als solche etwas rein Innerliches, das als solches mit der Außenwelt gar nicht in Berührung kommt und das deßhalb auch noch nicht einer reellen Rechtsbestimmung fähig ist, oder sie fordert. Freilich ist Jedermann Herr seiner Gedanken; allein wozu hier der mit rechtlichen Momenten und Folgen geschwängerte Eigenthumsbegriff, der ja hier gar nicht mit Effekt zur Geltung gebracht werden kann, da es sich von der Herrschaft über ein Gebiet handelt, das gar nicht verletzt und Gegenstand einer Rechtsstörung werden kann und es nur dann gerechtfertigt ist, Rechtsbegriffe anzuwenden, wenn auch wirklich ein Eingriff in einen Rechtskreis möglich ist. Es darf meines Erachtens wohl daran erinnert werden, daß das Recht nur dann seine Herrschaft, seine Funktion hat, wo eine Rechtsverletzung überhaupt möglich ist, und daß es zu nichts führt, es dahin zu importiren, wo es gar keinen Raum dafür gibt. Zudem kommt, daß unter Eigenthum bisher die rechtliche Herrschaft über eine Sache verstanden wurde und unter Sache ein Ding der Außenwelt, nicht aber ein Innerliches, ein Immaterielles und daß somit eine Veränderung des Eigenthumsbegriffs nöthig wäre, was gewiß im höchsten Grade bedauerlich wäre, insofern hiedurch ein Elementarbegriff des Rechtssystems, welcher einen großen Theil desselben beherrscht, abgeschwächt und alterirt würde, ohne daß ein wesentlicher Gewinn dadurch erzielt würde. Der Sprachgebrauch kann nicht hiefür als Beweis angesehen werden, denn dieser ist kein rechtsbildender Faktor. Auch der Umstand, daß Jemand Erzeuger einer Idee ist, führt, abgesehen von der eben angeführten unberechtigten Erweiterung des Eigenthumsbegriffs, noch nicht zur Annahme eines Eigenthums; denn mit demselben Rechte könnte der Vater als Eigenthümer seines Kindes angesehen werden, aus welchem Beispiele nur so viel folgen soll, daß das Erzeugungsverhältniß nicht mit Nothwendigkeit zum Eigenthümer des Erzeugnisses macht. Ebensowenig hat der Umstand, daß der Autor die Wahl hat, sein Werk für sich zu behalten oder zu veröffentlichen und den möglichen Nutzen daraus zu ziehen, die nothwendige Folge, von einem Eigenthume zu sprechen, da diese Momente überhaupt nicht von rechtlicher Relevanz sind und somit auch nicht die Anwendung einer juristischen Bezeichnung (Form, Typus) erfordern. Gerade aber die von Walter hervorgehobene Thatsache, daß durch die Veröffentlichung der Idee dieselbe

Gemeingut werde, beweist am schlagendsten, daß der Eigenthumsbegriff überhaupt nicht zutrifft, denn sobald ein Gegenstand durch den normalen Gebrauch desselben den ausschließlichen Charakter des Eigenthums verliert, der Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung auf denselben sich entzieht, so geht aus dieser Erscheinung hervor, daß überhaupt nicht derselbe unter den Typus des Eigenthumsbegriffs gestellt werden kann, dessen Wesen gerade dadurch sich kennzeichnet, daß er eine bleibende stets exclusive Herrschaft über ein Objekt begründet, welche jeden Dritten, so lange der Eigenthümer die Sache behalten will, von derselben ausschließt. Wenn nun aber ein Gegenstand seiner innern Natur und seinem eigensten Zwecke gemäß nach einer Mittheilung und Verbreitung an möglichst viele strebt, so weist er hiedurch, abgesehen von allem Andern, darauf hin, daß er sich nicht zur Unterwerfung unter eine Rechtskategorie eignet, die gerade im Gegentheile eine centrifugale Tendenz der Abschließung und Lokalisirung hat. Wenn der Autor seine Ideen veröffentlicht hat, also Dritten mitgetheilt hat, mündlich oder ex scriptura, so kann er daher keinen Rechtsschutz ansprechen, gegenüber demjenigen, welcher von der ihm mitgetheilten Idee Gebrauch macht, denn wie gesagt, der Eigenthumsbegriff ist bei Ideen und geistigen Erzeugnissen nicht anwendbar und eine andere Klage, weil kein Recht, ist nicht findbar, da an und für sich Niemand verwehrt sein kann, dasjenige, was ihm mitgetheilt wurde, in beliebiger Weise zu benützen, von dem Standpunkte des Rechts aus. Daß hingegen der Autor befugt ist, die Urheberschaft der von einem Dritten, sei es nun unter seinem Namen oder unter dem des wirklichen Autors veröffentlichten Idee, dem Publikum gegenüber nachzuweisen und hiemit sich die Satisfaktion zu verschaffen, daß er als der Träger und Erzeuger derselben anerkannt werde, versteht sich von selbst, ohne daß aber dieses Thun ein rechtlich bedeutsamer Akt wäre. Es ist dieß die Uebernahme eines Autorbeweises gegenüber dem Publikum und entfernt nicht dazu angethan, Stoff zu einer rechtlichen Befugniß und darauf gegründetem Rechtsverfahren zu liefern. Man könnte zwar einem Autor ein Recht auf Anerkennung seiner Autorschaft und eine hierauf gerichtete Klage einräumen wollen; allein dieß würde gerade voraussetzen, daß er ein ausschließliches Mittheilungsrecht seiner Idee hätte, oder daß ein Rechtssatz bestünde, wonach Niemand befugt wäre, eine fremde Idee, sei es mit oder ohne Anführung ihres Autors, weiter zu verbreiten. Allein ein solcher besteht nicht und wäre legislativ nicht empfehlenswerth, da einmal der Beweis der Urheberschaft nach civilprozessualischen Beweis-

regeln wol meiſtens nicht geführt werden kann, ſodann eine, wenigſtens civilrechtliche Folge, daran nicht geknüpft werden könnte und für ein kriminalrechtliches Einſchreiten ein Vergehen wenigſtens erforderlich wäre, für das hier kein Fundament gegeben iſt. Denn die Benützung, reſp. Verbreitung, einer fremden Idee, kann doch nicht wol zu einem Verbrechen geſtempelt werden, da ja der freie Geiſtesverkehr dadurch erſchwert würde und die Verbreitung von Ideen wünſchenswerth iſt. Richtig iſt, was Walter unter II ausführt, aber das bezieht ſich nur auf das Eigenthum am Manuſkripte, nicht aber an dem Inhalte desſelben. Was er angibt hat zudem negativen Werth, als Walter beim (der Frage des) Nachdrucke die Eigenthumstheorie abweiſt und ſagt: das Verbot desſelben ſei offenbar nicht eine Frage der Reſpektirung des Eigenthumes, ſie berührt darüber hinaus die natürliche Freiheit der menſchlichen Handlungen. Wenn wir nun zuſammenfaſſen, was wir gegen das Walter'ſche Eigenthum an geiſtigen Erzeugniſſen vorgebracht haben, ſo beſteht es zunächſt

1. darin, daß ein Eigenthum an Ideen dieſen Begriff verändere und außerdem deſſen Annahme keiner praktiſchen Folgerung fähig iſt;

2. daß deßhalb wegen der mangelnden Ergiebigkeit und Unfruchtbarkeit dieſer Anwendung, abgeſehen von allen theoretiſchen Bedenken, dieſelbe unterlaſſen werden ſoll;

3. daß hingegen um ſo mehr davon abſtrahirt werden kann, als der eigentliche Grund dieſes literariſchen Eigenthums von Walter verworfen iſt, nämlich die daraus abſtrahirte Berechtigung des Autors, jeden Dritten von dem Drucke ſeines Werkes auszuſchließen.

In einem ſpäteren Paragrafe ſpricht Walter von der juriſtiſchen Behandlung des Nachdrucks im Anſchluße an den Verlagsvertrag und gibt durch letzteres der Vermuthung Raum, daß dieſer Vertrag mit dem Nachdrucksverbote in einer nothwendigen Beziehung ſteht, während andererſeits durch die Darſtellung des Verlagsvertrages, in welcher das ausſchließliche Verbreitungsrecht des Verlegers nicht blos gegenüber dem Autor, ſondern auch gegenüber jedem Dritten, nicht als weſentlicher Beſtandtheil desſelben hervorgehoben, ſondern mit gänzlichem Stillſchweigen übergangen wird, dieſe Vermuthung wieder an Kraft verliert. Es mag ſich übrigens mit der Walter'ſchen Auffaſſung des Zuſammenhangs dieſer beiden Rechtsbildungen verhalten, wie es will, ſo viel ſteht feſt, daß Verlagsvertrag und Nachdrucksverbot an und für ſich verſchiedene juriſtiſche Dinge ſind und der Verlagsvertrag

seinem Begriffe nach kein Objekt verlangt, das der Verbreitung durch einen Dritten entzogen ist. Walter faßt nun das Verbot des Nachdrucks und den hierdurch dem Autor gesetzlich eingeräumten Schutz als ein Privilegium oder ein Monopol auf, insofern aus der natürlichen Freiheit und Rechtsconsequenz dieses Schutzrecht sich erklären läßt. Allein, wenn man bedenkt, daß das Privilegium ein jus singulare ist, quod contra juris tenorem propter utilitatem est, so glaube ich, daß es besser ist, von einem Privilegium nicht zu sprechen, sondern von der Bildung eines neuen positiven allgemeinen Rechtssatzes, der seine Entstehung der richtigen Würdigung eines bisher dem römischen Rechte nicht gekannten Verhältnisses verdankt, ohne daß hierin eine Singularität wäre. Wir verstehen unter Privilegium einen Rechtssatz, der nicht auf dem Boden des Rechtes gewachsen, sondern aus dem Rechte an und für sich fremden Rücksichten, sei es nun der Nützlichkeit, oder sei es der Moral, oder der polizeilichen Fürsorge, in das Rechtssystem eingefügt ist. Allein gerade diesen Standpunkt möchten wir nicht anerkennen, sondern vielmehr in dem Verbote des Nachdruckes einen aus dem allgemeinen und gesunden Rechtsbewußtsein der Zeit herfließenden Rechtssatz sehen, der zwar aus den bisherigen Rechtsbegriffen nicht abgeleitet werden kann, aber deßhalb doch eine besondere gesetzliche Sanktion erfordert hat, ohne daß aber hierbei eine andere, als die aus der rechtlichen Anschauung und dem rechtlichen Bewußtsein sich ergebende Folgerung für dessen Anerkennung entscheidend war. Man kann nicht behaupten, daß jeder Rechtssatz, welcher in dem neuern Rechte Geltung erhält und welcher bisher noch nicht anerkannt war, deßhalb einen singulären Charakter hat, da die Fortbildung des Rechts bei der Entstehung und Bildung neuer Verhältnisse eine ganz natürliche ist und zur Festsetzung von Rechtssätzen führen kann, die bisher nicht vorhanden waren, ohne daß dieselben ihren Ursprung in einer Sphäre haben, mit der das Recht als solches nichts zu schaffen hat.

Theorie von Renouard.

Renouard hat in einer in vielfacher Beziehung sehr lobenswerthen Schrift diese Lehre behandelt und hat das Nachdrucksverbot darauf gestützt, daß der Schriftsteller durch die Veröffentlichung seines Werkes dem Publikum einen Dienst erweist, und daß dieses durch die Einräumung eines zeitlichen, begrenzten, ausschließlichen Mittheilungsrechtes dem Schriftsteller seinen Dank abstattet. Hierbei weist er in

einer sehr gelungenen Ausführung auf den Gedanken des literarischen Eigenthumes hin, indem er insbesondere auf treffende Weise die mannigfachen Inkonvenienzen, die mit der Annahme dieses Begriffes verknüft sind, nachweist, und ferner die juristische Unanwendbarkeit dieses abgeschlossenen und scharfbegrenzten Rechtsbegriffes auf die schriftstellerischen Erzeugnisse. Allein trotzdem wird man sich mit dem Grundgedanken seiner Deduktion nicht befreunden können, so ferne er für die rechtliche Konstruirung der Verhältnisse in Frage keine rechtliche Handhabe gewährt, sondern nur ein Motiv an die Hand gibt, das zur Anerkennung eines besonderen Rechtsschutzes bei Autoren führen soll. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine von Seiten der Allgemeinheit gestattete Gegenleistung für den Dienst, den ein Autor ihr erweist, kein juristisch brauchbarer Satz ist. Aus dem oben angegebenen Motive kommt er nun zur Auffassung, daß die dem Autor zustehenden Rechte auf einem Privilegium beruhen, und nennt dieselben Autorrechte. Allein ganz abgesehen von der Frage, ob mit Recht von einem Privilegium gesprochen werden kann, läßt uns Renouard im Unklaren, was für ein Recht das Autorrecht ist, unter welches er das gegen den Nachdruck gerichtete Gesetz bringt. So viel kann nicht geleugnet werden, daß hiedurch dem Autor ein rechtlicher Schutz gewährt wird; aber die für den Juristen erhebliche Frage besteht gerade darin, in welcher Weise sich derselbe mit dem Autor verknüpft, ob dadurch ein die Persönlichkeit desselben afficirender Zustand geschaffen worden ist, oder ob nicht vielmehr dasselbe nur darin besteht, daß ein Rechtssatz aufgestellt worden ist, der, ohne die Persönlichkeit desselben zu tragen, ihm eine Befugniß einräumt, gegen die Angriffe Dritter in den ihm durch das Gesetz gegebenen Rechtskreis sich zu schützen. Es ist aber gerade unmöglich, von einem Personenrechte im technischen Sinne zu sprechen; denn durch das Nachdrucksverbot wird die rechtliche Persönlichkeit nicht alterirt; seine Rechtsfähigkeit als solche wird dadurch nicht geändert, sondern nur eine neue Art von neuen Rechtsverhältnissen gegründet, in das die an und für sich unveränderliche Rechtsperson treten kann. Im Allgemeinen aber stützt er doch sein Autorrecht auf einen Rechtssatz und scheint unter dem Ausdrucke nur die dem Autor zustehenden Rechte zu verstehen, als Ausflüße des nach seiner Anschauung singulären Rechtssatzes, nicht aber, wie Bluntschli, das Autorrecht als die Quelle und den Ursprung verschiedener Rechtsbefugnisse für den Autor. Renouard gibt seine Darstellung auch nicht so, daß die Rechte des Autors in einen selbstständigen Rechtsbegriff zusammengefaßt als aus der

juriſtiſchen Weſenheit eines beſondern Rechtskörpers abgeleitet werden; vielmehr bezeichnet er für die dem Autor zukommenden Rechte als ihren Sitz das poſitive Geſetz in ſeiner Richtung und Anwendung auf den Schutz der ſchriftſtelleriſchen Thätigkeit. Der Unterſchied in der Auffaſſung der dem Autor zuſtehenden Rechte beſteht darin, daß die einen gewiſſermaßen ein Urrecht für denſelben aufſtellen und hiermit ſeine Befugniſſe als derivative auffaſſen, während hingegen die andere Auffaſſung dieſe aprioriſche Deduktion verwirft und umgekehrt die Rechte des Autors als das Erſte anſieht, die aber erſt durch poſitiv-rechtliche Sanktion entſtanden ſind und nunmehr ihre wiſſenſchaftliche Konſtruirung erfordern. Renouard unterläßt nun letztere, indem er nur im Allgemeinen den Schutz der Autorſchaft als auf einem Rechtsſatze (privilegio) beruhend bezeichnet; hingegen ſich nicht weiter in die Natur und rechtliche Bedeutung des aus dieſem Rechtsſatze herſtammenden Rechtes einläßt. Die Hauptſtärke ſeines Werkes beruht nicht in dieſer Prinzipienfrage über die rechtliche Bedeutung des dem Autor verliehenen Rechtszuſtandes, ſondern in der Detailausführung desſelben.

Die Eigenthums-Theorie von Eiſenlohr.

Das literariſche Eigenthum findet auch jetzt noch als eine juriſtiſche Größe ſeine Vertheidiger, und deshalb iſt es nicht zu umgehen, auch dieſe zur Gewinnung des juriſtiſchen Geſichtspunktes für die ſchriftſtelleriſchen Rechte aufgeſtellte Theorie in's Auge zu faſſen. Neuerdings wurde ſie in einer kleinen Monographie von Eiſenlohr bis in ihre Konſequenzen dargeſtellt; auch behauptet Reyſcher, daß dieſelbe durch die Bundesgeſetze geſetzlich ſanktionirt worden ſei.

Um die letztere Anſicht zuerſt zu prüfen, ſo iſt zwar richtig, daß der Bundesbeſchluß vom 9. November 1837 den Ausdruck gebraucht: „Eigenthum des literariſchen oder artiſtiſchen Werkes.“ Allein abgeſehen davon, daß dieſer Bundesbeſchluß nur vom Eigenthume an literariſch-artiſtiſchen Werken ſpricht, was ſehr abweicht von dem literariſchen Eigenthume, ſo kann er jedenfalls nicht dazu ſich eignen, einen juriſtiſchen Begriff zu ſanktioniren, da die Konſtruktion von ſolchen nicht Sache der Geſetzgebung, ſondern der Wiſſenſchaft iſt, und aus dem Anſchluße an einen vulgären Sprachgebrauch auch nicht gefolgert werden kann, deſſen Erhebung zu einer rechtlichen Dignität. So gebraucht die würtembergiſche Pfandgeſetzgebung auch häufig den Ausdruck Eigenthum an Forderungen; allein es wird nicht zu rechtfertigen

sein, daraus eine gesetzliche Erweiterung des Eigenthumsbegriffes abzuleiten. Es ist einmal bei uns üblich, im vulgären Gebrauche Eigenthum gleichbedeutend mit Innehaben eines Rechtes zu betrachten, eine Weite des Gebrauches, die selbstverständlich bei der Anwendung der strengen Rechtssprache und der festen Terminologie weichen muß.

Ist daher der Bundesbeschluß jedenfalls nicht genügend für die Annahme eines literarischen Eigenthums, so fragt es sich nun, ob es denn Eisenlohr gelungen ist, die Richtigkeit und Haltbarkeit seiner Eigenthumstheorie zu begründen. Die schlagendsten Argumente gegen diese Theorien enthält Renouard im ersten Bande seines oben zitirten Werkes, wo er vortrefflich nachweist, daß das Gebiet des Geistes gar nicht zu den Gegenständen gehöre, welche aneignungsfähig sind, im Gegentheile hat der Gedanke das Streben, sich zu verallgemeinen, und es widerspricht dem innersten Wesen der geistigen Thätigkeit, für sie einen Rechtsbegriff in Anwendung zu bringen, der auf möglichste Beschränkung und Abschließung tendirt. Er weist ferner nach, daß wenn einmal der Eigenthumsbegriff auf geistige Produktionen ausgedehnt wird, derselbe auch in seiner vollen Konsequenz zur Anwendung kommen müsse und hiemit sich Folgen verknüpfen würden, die den Zweck der literarischen Thätigkeit erheblich beeinträchtigen würden. Um nun noch näher auf die von Eisenlohr aufgestellten Sätze einzugehen, so sagt er l. c. S. 34, wo er den Standpunkt des Delikts zurückweist: Wozu den Umweg wählen und zu einem Rechte der Autoren stempeln, was eine Begünstigung der Buchhändler sein sollte? Allein nicht sowohl hievon handelt es sich bei dem Verbote des Nachdruckes, sondern darum, dem Autor eine Begünstigung zu verleihen, ihm die Möglichkeit zu verschaffen, aus seiner Thätigkeit einen gesicherten Erwerb zu machen; und um dieses zu erreichen, war es erforderlich, auch den Buchhändlern, den gewöhnlichen Vermittlern des literarischen Umsatzes, denselben Vortheil einzuräumen, da sonst auch der Autor ihn nicht gehörig ausbeuten könnte. Ferner sagt er l. c.: Die Wissenschaft kommt auf ihrem Wege zum Resultate der Geschichte, das nach dem Vorhergehenden darin gerechtfertigt ist, und beweist es apriorisch. Allein daß es ein literarisches Eigenthum gibt, ist nicht das Resultat der Geschichte, sondern die stets bestrittene Behauptung einer Anzahl von Schriftstellern; das Resultat der Geschichte besteht vielmehr in der gesetzlichen Anerkennung eines mit Recht geforderten Schutzes der schriftstellerischen Thätigkeit, dessen Bedürfniß schon längst gefühlt, und das, weil die Gesetzgebung demselben bisher nicht entsprach, a priori aus der irrthüm-

lichen Annahme eines literariſchen Eigenthumes befriediget werden wollte. Setzen wir aber ſogar den Fall, daß man den gewünſchten Schutz in der Form des literariſchen Eigenthums geſetzlich oder gewohnheitsrechtlich ſanktionirt hätte, ſo würde damit doch nur der geſetzliche Ausſpruch ſanktionirt ſein, daß die literariſch-artiſtiſche Arbeit ſich des Rechtsſchutzes zu erfreuen hat; aber welcher rechtliche Charakter und welche rechtliche Auffaſſung dieſem Rechtsſatze zu geben iſt, iſt Sache der wiſſenſchaftlichen Konſtruktion und nicht Sache des Geſetzes oder eines Gewohnheitsrechtes, wenn nicht etwa in einer allgemeinen Geſetzgebung der Begriff des Eigenthums die Erweiterung erfährt, die die Subſumtion des literariſchen Schutzes unter dieſelbe nothwendig macht.

Eiſenlohr führt nun weiter für das literariſche Eigenthum an: Was nicht Geiſt iſt, iſt Sache; auch der Gedanke, der, ſeinen mütterlichen Boden verlaſſend, in's Leben hinausgetreten iſt, denn in demſelben Augenblicke, wo er äußerliches Daſein gewinnt, hat er eine beſtimmte Geſtalt angenommen, die ihn von Andern unterſcheidet, iſt er Sache geworden, Gegenſtand für den Willen der Perſon. Und weiter unten ſagt er: Das Wort, der Ton, die plaſtiſche Form, die höchſten Mittel, die der Geiſt zu ſeiner Darſtellung beſitzt, geben dem Gedanken Körperlichkeit, eine ſolidere, als die reelen Objekte beſitzen, eine ſolche, die den Sturm der Zeit überdauert. — Allein dieſe Sätze würden zunächſt dahin führen, ein Eigenthum nicht blos an Gedrucktem, ſondern auch an Geſprochenem anzunehmen. Sodann ſind dieſelben mehr rhetoriſch als juriſtiſch. Unter Sache wird nach dem Standpunkte des römiſchen Rechtes verſtanden, um mit S. zu ſprechen, ein begrenztes Stück der unfreien Natur (S. S. I. S. 338, oder nach W. II. S. 255), die der Gewalt der Menſchen unterwerfbaren materiellen Dinge der Außenwelt. Wie kann man nun behaupten, daß die in Worte, Ton, plaſtiſche Form gebrachten Gedanken ebenfalls Sachen ſind, deren Weſen darin beſteht, daß ſie ein begrenztes Stück der unfreien Natur ſind oder wie materielle Dinge der Außenwelt bezeichnet werden? Aber ſelbſt wenn man annehmen wollte, daß der Autor eines Werkes Eigenthümer desſelben wäre, ſo würde man nicht ein Nachdrucksverbot hieraus konſtruiren können; denn durch den Abdruck eines Buches, durch die Nachbildung einer Statue würde nicht in die Eigenthumsſphäre des Autors eingegriffen, in ſo ferne derſelbe nach wie vor die rechtliche Herrſchaft über ſeine Gedanken hätte; und die ausſchließliche Benützung einer Sache nur dann dem Eigenthümer zukommt, wenn er im Stande iſt, dieſelbe der Benützung von Seiten eines Dritten zu entziehen. Wie

aber ist es dann anzusehen, wenn der Autor ein Exemplar seines Werkes einem Andern verkauft? Wird dieser nicht auch Eigenthümer desselben in vollem Umfange, und erhält er dadurch nicht an und für sich das Recht, mit dem gekauften Exemplare einen beliebigen Gebrauch zu machen? Wie läßt sich, fragt man sich, aus der Annahme eines Eigenthumes an dem literarischen, resp. artistischen Werke das Verbot des weiteren Abdruckes desselben gegenüber dem Käufer u. s. w. deduciren?

Theorie von Oskar Wächter, oder das sogenannte Verlagsrecht.

Oskar Wächter hat in seiner verdienstlichen Monographie über Verlag und Nachdruck den schriftstellerischen Befugnissen die rechtliche Einkleidung gegeben, daß er von einem Verlagsrechte des Autors ausgeht, als eines selbstständigen, durch Gesetz eingeräumten Rechtes der ausschließlichen Verwerthung eines geistigen Produktes und in ihm den die Lehre vom Verlagsrechte sowohl als vom Nachdrucke beherrschenden Kardinalpunkt sieht. Er stellt deshalb dasselbe an die Spitze seines Buches, welches von dem Verlage und dem Nachdrucke handelt, und hat von Beiden die Anschauung, daß dem Autor das Verlagsrecht zusteht und dasselbe darin besteht, daß er ausschließlich die Nutznießung aus seiner geistigen Thätigkeit zu ziehen berechtigt sei. Er kann nun dasselbe entweder selbst ausüben — was der seltenere Fall ist —, oder er kann dasselbe durch einen Dritten ausüben lassen; ist ersteres der evidentere und primitive Erwerb des Verlagsrechtes, so ist das zweite der abgeleitete Erwerb desselben. Letzterer wird durch den Verlagsvertrag bestimmt und regulirt, so daß Letzterer die ausschließliche Befugniß des Verlags in sich schließt und nur dann dessen Existenz anzunehmen ist, wenn der Verleger dieses ausschließliche Recht erwirbt, er somit überall ausgeschlossen ist, wo entweder ein Objekt des Nachdrucks nicht vorliegt, oder das Nachdrucksverbot seine Anwendbarkeit verloren hat.

Allein diese ganze Auffassung scheint nicht stichhältig. Unter Verlagsrecht wird seinem Wortlaute nach nichts Anderes verstanden, als das natürliche persönliche Recht des Autors, sein Werk der durch den Druck bewerkstelligten Verbreitung zu unterwerfen. Dieses Recht hatte der Autor schon längst, und das neue Moment, das durch den Nachdruck zu demselben hinzutrat, besteht darin, daß eine Zeit lang kein Anderer mit ihm konkurriren darf. Es ist somit nicht das Verlagsrecht, sondern dessen Ausschließlichkeit, die dem Autor neuerdings eingeräumt worden ist, und als eine intensive Steigerung des Verlagsrechtes er-

scheint. Hieraus folgt, daß, da ein Verlagsrecht schon vor der ausschließlichen Benutzungsbefugniß in der Person des Autors vorhanden war, auch ein Verlagsvertrag vor derselben möglich war, was vom Standpunkte der Wächter'schen Auffassung gar nicht der Fall sein könnte, da nach seiner Definition zum Wesen des Verlagsvertrages die Uebertragung der ausschließlichen Verbreitungsbefugniß gehört. Hiebei versteht es sich von selbst, daß dieser Vertrag — so lange und in so weit kein Schutz gegen Nachdruck bestand — insbesondere dann von Werth war, wenn es sich von einem noch nicht erschienenen Werke handelte. Unterliegt es sonach keinem, wie ich glaube, berechtigten Anstande, daß vor der Nachdrucksgesetzgebung ein Verlagsvertrag schon bestand, so fragt es sich, ob vielleicht durch diese der Begriff desselben sich verändert hat? Zunächst ist zu bemerken, daß die Gesetze selbst keine Bestimmung an die Hand geben, die für diese Begriffsveränderung spricht, da dieselben gar nicht von dem Vertrage in Frage sprechen. Aber auch nicht implicite wurde der Charakter dieses Vertrages verändert, denn durch das Verbot des Nachdrucks wurde nur eine weitergehende Qualität demselben unter Umständen verliehen, aber in keiner Beziehung dieselbe zur conditio sine qua non, zu einem der den Begriff des Vertrages konstituirenden Faktoren gestempelt.

Weiter fragt es sich, in welche Klasse von Rechten dieses sogenannte Verlagsrecht mit dem angegebenen Inhalt Wächter stellt, ob dasselbe ein Personenrecht oder ein Forderungsrecht ist? Wächter sagt in dieser Beziehung S. 43: Der Nachdruck als widerrechtlicher Eingriff in ein fremdes Recht gehöre in die Lehre von den Delikten, und so ferne von seinen privatrechtlichen Folgen, von der Obligation, welche durch ihn zwischen dem Verletzenden und dem Verletzten entsteht, die Rede ist, in die Lehre von den obligationes ex delicto. Die Voraussetzung des Delikts bilde somit das gesetzlich anerkannte Recht auf ausschließliche Vervielfältigung des Erzeugnisses: das Verlagsrecht. Dieses Recht erscheine in seiner Natur und Ausbildung als ein Gewerberecht, und seine Stelle im Systeme bestimme sich nach diesem Gesichtspunkte. In einer Note sagt er, das Personenrecht, welches dem Schutze des Autors zu Grunde liege, erhalte nun einen vermögensrechtlichen Charakter, indem es wesentlich als Recht der Nutzung eines bestimmten Erzeugnisses erscheine, und in dieser concreten Gestalt Objekt vermögensrechtlichen Verkehrs, veräußerlich und auf Andere übertragbar wird. Dergleichen Personenrechte mit einem solchen vermögensrechtlichen Charakter gibt es noch mehrere, z. B. Realgewerberechte

(während nämlich an sich das Recht, ein Gewerbe zu treiben, ein Personenrecht ist, wird es durch die Verknüpfung mit einer Sache zu einem mit der Sache veräußerlichen und vererblichem Rechte). So Wächter.

Prüfen wir diese Ansicht näher, so hat sie jedenfalls den Vortheil, daß sie sich an bestehende und gesetzlich anerkannte Rechtsbegriffe anschließt, und von hier aus das Wesen der vorliegenden Erscheinung zu erfassen sucht. Allein auf der andern Seite erscheint es doch sehr zweifelhaft, ob es ihm gelungen ist, eine richtige Subsumtion vorgenommen zu haben. Er sagt: Das Verlagsrecht erscheine in seiner Natur und Ausbildung als ein Gewerberecht, und hienach bestimme sich seine Stellung im Systeme. Allein mit dem Ausdrucke Gewerberecht ist nichts gewonnen für die juristische Diagnose, da derselbe keinen fest begrenzten, einen bestimmten Inhalt und Charakter aussprechenden Rechtsbegriff involvirt, vielmehr dasjenige, was man häufig unter Gewerberecht umfaßt, sehr verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten unterliegt. Zwar bemerkt nun Wächter in der angeführten Anmerkung weiter: es sei ein Personenrecht, das dem Schutze des Autors zu Grunde liege, das aber einen vermögensrechtlichen Charakter erhalte und dadurch veräußerlich und vererblich werde. Es ist nun nicht zu leugnen, daß es solche Personenrechte gibt, welche dem Berechtigten die Befugniß gewähren, von jedem Dritten, welcher in dem supponirten Verhältnisse sich befindet, zu verlangen, daß er gewisse Bedürfnisse nur durch und von ihm befriedige, und daß diese Rechte vererblich und veräußerlich sind (sogenannte Bannrechte); eben so gibt es Gewerberechte, die an ein Grundstück geknüpft sind und hiedurch veräußerlich und vererblich geworden sind. Allein was die Bannrechte anbelangt, so sind dieselben eine Anomalie, die ihren Grund in einem persönlichen Subjektionsverhältnisse hat, welches dazu gebraucht oder vielmehr meist gemißbraucht wurde, dem Berechtigten eine gewerbliche Einnahme zu verschaffen (siehe Wächter württemb. Priv. II., S. 320). Allein ein Bannrecht, das demnach als eine individuelle, aus dem historischen Bildungsgange sich erklärende Rechtssingularität sich darstellt, wird wohl Wächter in seinem Verlagsrechte nicht erkennen, wie er denn auch nur auf dasselbe als eine Analogie hinzuweisen scheint. Eben so wenig kann er darin ein Realgewerberecht erblicken, und kann diese Ausnahme von der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit eines Personenrechtes nur dadurch ihren juristischen Halt bekommen, daß das Recht als eine Eigenschaft der Sache, mit welcher dasselbe verknüpft ist, angesehen wird; es bedarf zu seiner juristischen Ermöglichung dieses Mediums,

des objektiven Mediums, wodurch das Recht, wie bei der Realservitut, gleichsam ein integrirender Bestandtheil des Objektes wird, und die Wandlungen, die letzteres erfahren kann, dadurch theilt. Allein bei dem Nachdrucke fehlt es an jedem Substrate zu einer solchen Verbindung von Recht und Sache, ferner fehlt es an jedem gesetzlichen Anhaltspunkte, um aus den Nachdrucksbestimmungen ein derartiges, jedenfalls anomales Rechtsgebilde abstrahiren zu können, und endlich ist es gar nicht nöthig, zu demselben seine Zuflucht zu nehmen, um auf eine dem juristischen Gestaltungstrieb befriedigende Weise das Problem zu lösen.

Es ist der praktisch wichtigste Punkt bei der Annahme eines Verlagsrechtes im Sinne von O. Wächter und bei der ihr gegebenen Konsequenz, wonach das Verlagsrecht entweder von dem Autor selbst, oder dem Verleger vermittelst einer darauf abzweckenden Uebereinkunft ausgeübt wird (Verlagsvertrag), und wonach das von ihm deducirte Verlagsrecht stets und wesentlich im Verlagsvertrage enthalten ist, so daß, wo dasselbe nicht vorhanden ist, auch der Verlagsvertrag seine Existenz nicht hat. Es wird somit zwischen Nachdruck und Verlagsvertrag eine innere Einheit geschaffen in der Weise, daß das Nachdrucksverbot ein wesentliches Moment im Verlagsvertrage bildet, ohne das letzterer gar nicht bestehen kann. Es ist zunächst die Frage aufzuwerfen, wie Wächter zu dieser Anschauung kömmt, die dahin führt, den Verlagsvertrag als nichts Anderes anzusehen, als die Uebertragung der gegen jeden Dritten geschützten Ausnützung eines literarischen, beziehungsweise artistischen Werkes. So viel ist gewiß, daß vor dem Erscheinen der Gesetze über Nachdruck es keinem Zweifel unterlag, daß ein Verlagsvertrag nicht zu seiner Wesenheit rechtlich bedingt ist durch die dem Werke zukommende Eigenschaft, daß dasselbe von keinem Dritten gedruckt werden kann, daß somit der Verbot des Nachdruckes nicht zu den essentialibus des genannten Vertrages gezählt worden ist. Sollte nun etwa der Umstand, daß nunmehr Nachdrucksbestimmungen in umfassender Weise getroffen sind, auf die Natur und den rechtlichen Kern des Verlagsvertrags von Einfluß sein? Ich sehe in der That nicht ein, wie diese Einwirkung auf denselben in der Weise stattgefunden haben soll, daß von nun an nur in den Fällen derselbe als existent erscheint, wenn das Werk, von dessen Verlag es sich handelt, den Schutz genießt, den die Nachdrucksgesetze gewähren?

Die Besonderheit des Verlagsvertrages besteht im Allgemeinen in der Lieferung eines Werkes von Seiten eines Autors einerseits, und in der Verbreitung desselben durch den Druck von Seiten des Verle-

gers andererseits. An dieser auch von Wächter sonst gebilligten Definition und Bestimmung der wesentlichen Elemente dieser Vertragsform hat die Gesetzgebung über den Nachdruck nur in dem Sinne geändert, daß zu den genannten Voraussetzungen desselben noch der für den Autor sowohl als den Verleger vortheilhafte Moment hinzutreten kann, daß der unter den Parteien abgeschlossene Vertrag auch von Dritten in so weit respektirt werden muß, als ein Nachdruck nach den Gesetzen nachweisbar ist. Nicht aber kann dem Nachdrucksgesetze die Bedeutung und Intention beigelegt werden, daß durch dasselbe die Grundlagen des Verlagsvertrages verändert werden sollten. Der hier hervorgehobene Unterschied wird in seiner Wichtigkeit alsbald hervortreten, wenn man sich erinnert, daß der Nachdruck ganz besondere objektive und subjektive Voraussetzungen hat, wie z. B. die Beschaffenheit des Werkes, die zeitlich begrenzte Dauer desselben. Es ist hienach gewiß, daß es Werke geben kann, die den Schutz gegen Nachdruck nicht in Anspruch nehmen können, weil die in den Gesetzen vorgeschriebenen Erfordernisse bei ihnen nicht zutreffen, aber trotzdem Gegenstand eines Verlagsrechtes bilden können. Nach Wächter wäre dieß nicht der Fall, und würde z. B. ein Vertrag mit einem Buchhändler über Herausgabe eines aufgefundenen Werkes nicht den rechtlichen Charakter eines Verlagsvertrages haben. Allein eine nähere Begründung darüber, warum durch die gesetzlichen Normirungen über den Nachdruck der Verlagsvertrag diese wesentliche Veränderung erfahren hat, vermißt man bei Wächter, wenn man nicht darin dieselbe finden will, daß er ein Verlagsrecht statuirt, das die ausschließliche Ausbreitung des literarischen, bez. artistischen Werkes zum Inhalte hat, und das im Verlagsvertrage auf den Verleger übertragen wird. Allein es leuchtet ein, daß hierin eine petitio principii enthalten ist, da der Punkt gerade des Beweises bedarf, ob der Verlagsvertrag in dem engen und organischen Zusammenhange mit dem Nachdrucksverbote steht, daß überall da, wo letzteres bei einem Werke nicht zutrifft, auch der Verlagsvertrag nicht zur Existenz kommt. Es scheint mir deshalb die ganze Anlage des Wächter'schen Buches verfehlt, das von einem Begriffe beherrscht wird, der keine innere Berechtigung hat, und der den Verlagsvertrag, wie nachgewiesen ist, in einen unbegründeten Zusammenhang mit dem Nachdrucksverbote bringt und demselben ein neues Gepräge gibt, wofür meines Erachtens kein gesetzlicher Grund vorliegt, und das auch legislatorisch nicht zu rechtfertigen wäre, da nicht einzusehen ist, warum Verträge über geistige Produkte nicht auch zum Verlagsgegenstande

werden können, selbst wenn sie gar nicht oder nicht mehr das Recht auf Schutz gegen Nachdruck beanspruchen können.

Hierin hingegen hat Wächter vollkommen Recht, wenn er bei den Bestimmungen über den Nachdruck das vermögensrechtliche Interesse als den leitenden Gesichtspunkt festhält und sich nicht zu den Ansichten derjenigen Schriftsteller bekennt, welche in ihrem sogenannten Autorrecht insbesondere auch einen Schutz der geistigen Interessen des Autors für wesentlich erklären, sei es nun, daß sie hierin den innersten Kern desselben erkennen, oder sei es, daß sie beide Interessen für gleichberechtigt halten. Wenn wir auch das Argument, das Wächter für die Beschränkung des Motivs für das Nachdrucksverbot anführt, daß nämlich die geistigen Interessen nicht in das Gebiet des Rechts fallen, nicht für vollkommen zutreffend halten, so spricht, wie schon oben ausgeführt, der historische Gang der concreten Rechtsbildung für die Wächter'sche Ansicht, die auch nicht durch die von Reinhold Schmidt in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft V., S. 431 (der im Allgemeinen mit Wächter über den vermögensrechtlichen Charakter des schriftstellerischen Rechtes übereinstimmt und ihm nur noch eine persönliche Bedeutung daneben gibt) gemachte Ausführung widerlegt wird. Denn wenn sich Schmidt darauf beruft, daß unsere Gesetze neben der Vermögensentschädigung noch eine Strafe eintreten lassen, so beweist dieß für ein hiemit gegebenes Aequivalent für Verletzung geistiger Interessen insofern nichts, als bei verschiedenen Eingriffen in die Vermögenssphäre eines Dritten Strafe und Entschädigung konkurriren, ohne daß eine Läsion geistiger Interessen damit verbunden wäre, beziehungsweise auch nur denkbar wäre. Ich erinnere nur an den Diebstahl und gewiß hat die Gesetzgebung bei dem Nachdrucksverbote die Analogie dieses Verbrechens wol im Auge gehabt, wie auch vulgäre Anschauung im Nachdrucke einen Diebstahl sieht. Es ist somit mit der Betonung der durch die Gesetze statuirten Straf- und Civilklage nicht erwiesen, daß hiedurch über den vermögensrechtlichen Gesichtspunkt hinaus gegangen werden wollte, wobei aber nicht geläugnet wird, daß die Durchführung und Geltendmachung dieses Gesichtspunktes auch faktisch ein Mittel bietet, andern bei dem Nachdrucke verletzten Interessen gerecht zu werden, beziehungsweise deren Verletzung zu verhindern. Insbesondere spricht noch gegen die Unterstellung dieses persönlichen Motivs der Umstand, daß dasselbe ebenso zum Verbote des Plagiats führen müßte; denn gerade in dieser Manipulation, die ein schriftstellerisches Werk für sein eigenes ausgibt, ohne demselben eine nach Inhalt oder

Ton wesentliche Veränderung gegeben zu haben, tritt man der Persönlichkeit des Autors gewiß zu nahe und doch sieht man darin keinen Nachdrucksvertrag.

Die Gerber'sche Auffassung des Nachdrucksverbots.

Gerber gibt in seiner Zeitschrift für Dogmatik eine Abhandlung über die in Frage stehende Materie, deren kritischer Theil unsere volle Zustimmung verdient, indem er ebenso klar als streng juristisch die verschiedenen Luftgebilde auflöst, welche eine irrlichtelirende Phantasie, den Boden des positiven Rechts verlassend, geschaffen hat. Wenn wir nun in der genannten Beziehung Gerber vollkommen unsern Beifall geben, so haben wir noch weiter anzuerkennen, daß die Fassung und der Inhalt der bezüglichen Bundesgesetze seiner Construktion des Nachdrucksverbots sehr behilflich sind; allein wie er selbst sagt, entzieht sich dies durch ein Gesetz zum Rechtsinstitut erhobene Verhältniß nicht der freien wissenschaftlichen Behandlung und der wissenschaftlichen Aufgabe, demselben nach den Regeln der juristischen Diagnose und Systematik seinen ihm gebührenden Platz einzuräumen. Gerber leugnet, und mit Grund, daß das Verbot des Nachdrucks kein persönliches subjektives Recht des Autors zur Voraussetzung hat, als dessen Consequenz das erstere zu betrachten sei, er sieht in dem Nachdrucke ein Delikt, das die Verpflichtung zum Schadenersatze und zugleich eine Strafe zur Folge hat. Gegen diese Anschauung läßt sich von seinem Standpunkte zunächst einwenden, daß es schwer hält, in einer Verletzung eines erst durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung zum Privilegium gestempelten Rechts, ein mit den sittlichen Grundlagen des Gemeinlebens vereinbares Thun und somit ein Verbrechen zu sehen, da gerade der Umstand, daß das gebildete Rechtsbewußtsein von selbst nicht den Thatbestand eines derartigen Unrechts in der Handlung des Nachdrucks erblickt, sondern es eines besondern mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen übereinstimmenden, m. a. W. einer singularen Satzung nach seiner Ansicht bedarf, um den Schutz zu verleihen, den wir ebenfalls nur durch das allgemeine Interesse für geboten halten, mit Entschiedenheit darauf hinweist, daß eine an und für sich unrechtliche und verwerfliche Handlung nicht vorliegt, insofern es sich dießfalls nicht darum handeln könnte, ein Privilegium für die Autoren einzuführen, dessen Begriff schon die Gerber'sche Auffassung negirt. Unter Privilegium verstehen unsere Quellen einen Satz, der contra juris tenorem propter utilitatem eingeführt wird, es geht daraus hervor, daß

dasselbe ein an und für sich rechtlich begründetes Thun aus besondern Gründen verbiethet, daß es sich bei einem Privilegium um die Unterordnung des Rechtsprinzips unter eine andere Rücksicht, sei es nun des materiellen Wohls oder der Sittlichkeit handelt, von einer Collision einer Rechtsbefugniß mit einer allgemeinen Utilität, nicht aber von der Existenz eines nur für sich unrechtmäßigen Eingriffs in eine fremde Rechtssphäre. Ist aber dem so, so wird man nicht wol von einem Delikte sprechen können, welches immerhin eine nur an und für sich unrechtmäßige Handlung zur nothwendigen Basis hat; vielmehr wird man sich darauf beschränken müssen, einen aus besondern Erwägungen hervorgegangenen Schutz der geistigen Thätigkeit nur so weit wirken zu lassen, als der Grund und Zweck desselben es erfordert und derselbe wird vollkommen befriedigt, wenn eine Entschädigungspflicht statuirt wird. Noch weiter zu gehen und sogar ein Vergehen darin zu sehen, würde zu weit führen, weil ja der Nachdruck nicht schon an und für sich ein Unrecht involvirt, nicht a priori mit den Grundlagen unseres Rechtslebens unvereinbar ist, sondern erst durch nachherige Erwägungen die Zweckmäßigkeit und Rationalität einer Eigenthumsbeschränkung sich ergeben hat. Einen weiteren Einwand gegen die Gerber'sche Auffassung fundirt man darauf, daß auch er nicht an der Stelle die juristische Diagnose anstellt, an der das Nachdrucksverbot einen Einschnitt macht in den positiven Rechtsorganismus und hier dasselbe als eine Irregularität, wenn auch als eine materiell begründete, einfügt. Die bei geistigen Erzeugnissen hiedurch vorhandene Eigenthumsbeschränkung wurde früher in Form eines jus speciale, d. h. für einzelne Fälle, in welchen darum nachgesucht wurde, zu Gunsten des Autors statuirt, jetzt ist sie zwar in Form eines jus singulare, aber in genereller Weise, für alle, bei welchen die gesetzlich fixirten Bedingungen existent geworden sind, eingeführt, m. a. W. was früher als Ausfluß eines jus singulare und eines jus speciale galt, hat jetzt die Bedeutung einer auf einer Rechtssingularität beruhenden lex generalis erhalten.

Die Reinhold Schmidt'sche und die Ortloff'sche Auffassung.

Reinhold Schmidt hat bei Veranlassung einer Kritik des Wächter'schen Buches über das Verlagsrecht in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft seine Ansicht über das uns vorliegende Problem dahin kurz geäußert, daß er ein Autorrecht anerkennt, welches

ein immaterielles Eigenthumsrecht sei, in so ferne sein Gegenstand eine Berechtigung bilde. Allein ein immaterielles Eigenthum ist ein Widerspruch an sich selbst, da das Wesen des Eigenthums gerade in der Herrschaft über ein Aeußeres, über ein sichtbares Objekt der materiellen Welt besteht, und es ein ungerechtfertigtes Beginnen ist, solche scharf begrenzte Rechtsbegriffe, die die unabänderlichen Grundpfeiler unseres Rechtssystemes sind, und denen wir allein eine Wissenschaftlichkeit des Rechts verdanken, in eine vage Allgemeinheit zu verflüchtigen oder nur noch abzuschwächen, was offenbar Schmidt thut, indem er den Eigenthumsbegriff in das Innehaben einer Berechtigung auflöst, und hiemit das spezifische Moment desselben, die Beziehung auf eine Sache, aus ihm beseitigt. Wir glauben uns mit dieser Bemerkung begnügen zu dürfen, und sehen von einigen weiteren Einwendungen ab, die gegen einzelne andere von ihm vorgebrachte Ansichten gemacht werden können. Wir wenden uns nunmehr zur Ortloff'schen Abhandlung in den Jahrbüchern der Dogmatik. Dieselbe enthält in nuce folgende Sätze:

1. Stützt er das von ihm aufgestellte Recht auf die Volksansicht;

2. sieht er den innern Grund dieses Rechtes in der Volksanschauung, welche verlangt, daß jede Arbeit ihren Lohn finde;

3. hält er das dem Autor zustehende Recht für ein selbstständiges, das sich als Ausfluß der geistigen Erzeugung konstruirt und herleitet;

4. stellt er dasselbe unter die Personenrechte, indem er das Autorrecht mit Lange ein aus dem Willen des Autors, der auf die ausschließliche Vervielfältigung gerichtet ist, abzuleitendes nennt.

Sind dieß die Hauptsätze der Ortloff'schen Behandlung, so haben wir zunächst bei ihr das zu tadeln, daß sie vorwiegend rechtsphilosophischen Inhaltes ist, daß sie sich vorzugsweise mit den innern Gründen des Nachdrucksverbotes beschäftigt, weit und breit sich über das rationelle Motiv des den Autoren gewährten Schutzes ausläßt. Allein hiemit hat es die positive Jurisprudenz nicht mehr zu thun, da der lange geführte Kampf endlich zum Siege geführt hat und für den Juristen nur mehr blos die Aufgabe vorliegt, das Resultat dieser vielfachen Diskussionen und Verhandlungen, wie es jetzt in dem Buchstaben des Gesetzes vorliegt, der juristischen Analyse zu unterwerfen, seinen rechtlichen Bestand aufzunehmen und die Stelle zu ermitteln, an der durch dieses neue Gesetz das Rechtssystem bewahrt wird, gewissermaßen den Wohnsitz des neuen Satzes ausfindig zu machen. Wenn

nun Ortloff sein Autorrecht auf die Volksansicht stützt und es als das Produkt eines Gewohnheitsrechtes betrachtet, so steht diesem entgegen, daß die Erfordernisse, die zur Bildung eines solchen gehören, nie existirt haben; denn nie hat es eine Zeit gegeben, in der der Anspruch der Autoren auf Schutz in der ausschließlichen Ausbeutung ihrer Werke unbestritten anerkannt war. Vielmehr wechselten die Ansichten der Schriftsteller und der Zeiten sehr, und war fortwährend eine Schwankung in dieser Materie vorhanden, die sich zwischen vollkommener Verwerfung alles Schutzes und einer totalen Anerkennung eines förmlichen Eigenthumsrechtes mit allen seinen Konsequenzen bewegte. Hiedurch konnte sich eine stetige und feste Gewohnheit gar nicht bilden, da die Basis einer solchen, eine gleichförmige unangefochtene Ansicht, nicht existirte. Eben so wenig trifft der rechtliche Gesichtspunkt zu, aus welchem Ortloff die rechtliche Existenz des fraglichen Schutzes herleitet; denn die Erzeugung, die er als das schaffende Prinzip des Autorrechtes ansieht, führt an und für sich nur zur Anerkennung eines Eigenthums in der Person des Erzeugers, aber nicht zur Beschränkung dessen, der das Erzeugniß auf rechtmäßige Weise erworben hat. Es wird somit dieß Urheberrecht nicht zu dem Ziele führen, dessen Erreichung die Wissenschaft anstrebt, nämlich einen Rechtsgrund zu finden, aus welchem alle materiell-begründeten Befugnisse der Autoren, als ihrem formellen Quellpunkt, abgeleitet werden können. Richtig ist es hingegen, daß der materielle Grund der dem Autor gemachten Einräumungen in der Sicherung eines materiellen Aequivalentes für die aufgewandte Geistesarbeit besteht und dasselbe gewissermaßen die Nation ihren geistigen Konsum zum Schutze der Produzenten durch Einführung einer Art von Zoll vertheuert und den Freihandel in dieser Richtung beschränkt.

Unsere Auffassung vom Nachdrucks-Verbote.

Nachdem wir die verschiedenen bisher zur juristischen Erfassung des Nachdrucksverbotes aufgestellten Anschauungen einer Prüfung unterworfen und sie als ungenügend befunden haben, ist es an uns, nun denjenigen Gesichtspunkt ausführlicher zu beleuchten, aus welchem wir den rechtlichen Charakter des Nachdrucksverbotes eruiren zu können glauben. Erwerbe ich ein Buch oder ein artistisches Erzeugniß durch Kauf oder ein sonstiges Rechtsgeschäft in's Eigenthum, so bin ich, abgesehen vom Nachdrucksverbote, berechtigt, von diesem Eigenthume jeden

durch dasselbe ermöglichten Gebrauch zu machen; ich bin befugt, dasselbe zu lesen, zu excerpiren, Andern zu leihen, kurzum Alles mit ihm zu thun, was es seiner Bestimmung und seinem Zwecke nach zuläßt, insbesondere aber auch zu vervielfältigen und auf diese Weise zu verbreiten. Wenn einem die im Eigenthumsbegriffe liegende Herrschaft über das erworbene Buch in seiner Totalität beschränkt wird und eine der Befugnisse, die mit demselben verbunden sind, ihm genommen werden soll, so kann dieß entweder geschehen durch Vertrag oder durch Gesetz. Es läßt sich denken, daß der Autor eines Werkes mit Jemanden vertragsmäßig dahin übereinkommt, daß er zwar das Recht erhält, eine bestimmte Zahl von Exemplaren herzustellen, diese zu verkaufen, nicht aber die verkauften wieder zu vervielfältigen. Man könnte dieser Auffassung entgegenhalten, daß der Autor nicht das Eigenthum einer bestimmten Anzahl von Exemplaren seines Werkes verkauft, beziehungsweise überläßt, sondern ihm da nur die Befugniß einräumt, selbst eine bestimmte Zahl derselben zu drucken und herzustellen nach dem Manuskripte. Allein es steht nichts im Wege, die Sache so anzusehen, als ob der Autor dem Verleger schon eine bestimmte Zahl von Exemplaren in's Eigenthum übergibt, nur daß der Autor nicht selbst deren Herstellung besorgt, sondern sie durch den Verleger vornehmen läßt. Zwar könnte auch hier wieder eingewendet werden, daß der Autor an den gedruckten Exemplaren, die durch den Verleger besorgt werden, gar nie Eigenthümer werden könne; allein wenn man die Bestimmungen in's Auge faßt, die das römische Recht über den Eigenthumserwerb hat bei Schriften und Gemälden, so bestimmt zwar dasselbe, daß, wenn Jemand auf frembem Papiere Buchstaben, und wenn sie auch goldene sind, aufdruckt, der Eigenthümer des Papieres auch die Buchstaben in's Eigenthum erwirbt, so daß, wenn Jemand ein Gedicht, oder eine Erzählung, oder eine Rede auf frembem Papiere schreibt, nicht ihm, sondern dem Eigenthümer des unbeschriebenen Papieres auch das beschriebene Papier eigenthümlich bleibt, daß also die Ueberschreibung eines leeren Blattes nichts am Eigenthume des Letzteren ändert hinsichtlich des Subjektes. Allein schon anders entscheidet das römische Recht den Fall, wenn Jemand auf einer fremden Tafel ein Gemälde aufträgt, indem hier bestimmt wird, daß nicht der Eigenthümer der Tafel, sondern der Maler Eigenthümer des Gemäldes und somit auch der Tafel werde, so daß durch die Auftragung eines Gemäldes eine Eigenthumsveränderung bewirkt wird. Bei diesen zwei widersprechenden Entscheidungen fragt es sich, welche sachgemäßer, prin-

zipiell richtiger ist? — Puchta (in seinem Lehrbuche §. 164) sagt in Beziehung auf diese Frage: Wenn die Verbindung zweier Sachen den Charakter der Accession hat, so wird das Eigenthum an der Hauptsache nie aufgehoben oder in seiner Wirkung gehemmt. Ist eine Verbindung eine integrirende, so verliert der Eigenthümer Eigenthum und Vindikation gänzlich, er ist auf eine Entschädigungsklage beschränkt; hier also enthält die Accession einen Eigenthumserwerb für den Eigenthümer der Hauptsache. Als Hauptsache ist unter beweglichen Sachen die zu betrachten, für welche die andere bestimmt, und um derentwillen sie vorhanden ist; so das Gemälde gegenüber der Tafel oder Leinwand; ferner die Schrift gegenüber dem Papier; hier aber ist im römischen Rechte die entgegengesetzte Meinung recipirt. Man wird dieser Ansicht beipflichten müssen, daß es natur- und sachgemäßer ist, anzunehmen, daß derjenige, welcher ein Papier beschreibt, beziehungsweise eine Tafel bemalt, dadurch einen Akt vornimmt, der eine neue Spezies hervorbringt, so daß der ursprüngliche Gegenstand ganz untergeht und dafür eine neue Sache entsteht. Es wäre prinzipiell richtiger, diese Fälle zur Lehre von der Specifikation zu stellen und nach den bei ihr geltenden Grundsätzen einen Eigenthumserwerb zu statuiren, denn offenbar wird durch Beschreiben einer leeren Papiermasse ein novum geschaffen, das spezifisch verschieden ist von dem ursprünglichen Stoffe und das auch nicht mehr in die frühere Form zurückgebracht werden kann. Es ist daher das Richtige, zu sagen, wenn Jemand mit Erlaubniß des Eigenthümers eines Manuskriptes dasselbe durch den Druck vervielfältigt, so erwirbt zunächst der Eigenthümer des Manuskriptes an den gedruckten Exemplaren das Eigenthum, da es so anzusehen ist, daß der Verleger für diesen den Akt der Herstellung der Manuskripte übernimmt, ersterem hingegen der Verlagsvertrag zugleich das Eigenthum an diesen hergestellten Exemplaren überträgt; jedenfalls aber gibt der Umstand, daß der Verleger auf seinem Papiere das Manuskript drucken läßt, ihm noch nicht das Eigenthum an dem Druckwerke. Wollte man nun aber diese Deduktion für zu künstlich halten, die in ihrem Kerne dahin geht, daß der Verleger an den Exemplaren seines Verlags ein derivatives, vom Autor abgeleitetes Eigenthum erwirbt, so läßt sich doch gegen die Auffassung nichts einwenden, daß der Autor dem Verleger durch Ueberlassung des Manuskripts zum Verlag die Möglichkeit verschafft, die bestimmte Zahl von Exemplaren in Besitz und Eigenthum zu erwerben; den nächsten aber nicht den ganzen Inhalt des Verlagsvertrages bildet die Ueberlassung des Eigenthums in einer bestimmten

Zahl von Exemplaren, wobei es nur einen faktischen Unterschied begründet, daß der Verleger selbst erst dieselbe in ihrer Einzelnheit schafft, da es eben so leicht möglich wäre, daß der Autor die Herstellung der Exemplare besorgt. Ist es nun, wie ich glaube, unbestreitbar, daß der Verlagsvertrag zunächst dem Verleger das Eigenthum an der herzustellenden Auflage, beziehungsweise auf unbeschränkte Weise überwirbt, so steht auch kein rechtliches Bedenken im Wege, daß der Autor diesem Eigenthums-Erwerbe von Seiten des Verlegers eine das Eigenthum selbst afficirende Beschränkung geben kann. Entsteht aber eine die Sache selbst beschränkende Verpflichtung, so erwächst hieraus diejenige dingliche Last, die wir technisch eine Servitut nennen. Wäre blos eine persönliche Beschränkung vorhanden, so würde der vorgesetzte Zweck nicht erreicht, da der Singular-Successor durch dieselbe nicht verhindert wäre, das erworbene Buch beliebig zu vervielfältigen. Wenn wir nun davon ausgehen, daß der Autor eines Werkes auf die eben beschriebene Weise, d. h. dadurch, daß er seinem Verleger die ihm zum Vertrieb, beziehungsweise in's Eigenthum übertragene Zahl von Exemplaren nur unter dem ausdrücklichen Verbote der weiteren Vervielfältigung in dinglicher Weise, so daß auf jeden Dritten dieses beschränkte Recht übergeht, — Jemanden das Verlagsrecht einräumen kann, ohne daß es hiezu eines neuern Rechtssatzes bedürfte, so glauben wir zunächst auf einen Gesichtspunkt hingewiesen zu haben, der, so viel wir wissen, bei der Lehre vom Verbote des Nachdruckes bis jetzt noch nicht beachtet worden ist. Man ging bisher stets von dem Interesse des Autors, beziehungsweise des Verlegers aus und glaubte demselben dadurch gerecht zu werden, daß man den Nachdruck verbot (was wir auch für ganz begründet halten); man glaubte aber zugleich auch den rechtlichen Ausgangspunkt von dem Autor nehmen zu müssen, und das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Autors in einer oder der andern rechtlichen Gestalt und Auffassung zum Inhalt des angeführten Rechtssatzes zu stempeln, während bei genauer Betrachtung wohl das Motiv und der Zweck, die materielle Absicht auf dieses ausschließliche Mittheilungsrecht abzielt, die juristische Form und das juristische Mittel hingegen in der Beschränkung des Eigenthums-Erwerbes an den Exemplaren besteht. Um dem Autor ausschließlich das Vervielfältigungsrecht zu sichern, war die an und für sich im Erwerbe des Buches liegende Befugniß, über dasselbe nach Belieben zu disponiren, also auch zu vervielfältigen, zu beschränken, somit wurde das Eigenthum in Beziehung auf Bücher eines wesentlichen Rechtes beraubt und gemindert. Hienach gehört die

Lehre vom verbotenen Nachdrucke nicht dem Gebiete des Deliktes an, sondern der Lehre vom Eigenthume, beziehungsweise den dinglichen Beschränkungen desselben. Zwar wird noch das Bedenken sich aufwerfen, ob durch diese Auffassung auch das Nachdrucksverbot gegen jeden Dritten, mag er nun Eigenthümer oder nur Besitzer sein, getroffen wird, allein wenn dies Verbot als eine dem Werke selbst inhärirende rechtliche Last betrachtet wird, so haftet die Beschränkung an jedem Exemplare und unterliegt auch der bloße Besitzer und Detentor derselben, was für den Fall, daß er vom Verleger, beziehungsweise vom Singularsuccessor desselben, das Werk bekommen hat, nach dem allgemeinen Servitutenprinzip keinen Zweifel erleidet.

Wenn nun, wie hier ausgeführt, schon mit den vorhandenen Rechtsgrundsätzen der Autor eines Werks sich auf genügende Weise schützen kann, so fragt es sich, wie kommt es, daß die Gesetzgebung eingegriffen hat, beziehungsweise ist es zweckmässig, daß sie das gethan hat? Was die erste Frage anbelangt, so wurde der rechtliche Gesichtspunkt, den wir zum Schutze des Autors genügend ansehen, meines Wissens nirgends herausgestellt; bei der großen Literatur über Nachdruck und bei den vielfachen Bemühungen, demselben mit Hilfe eines bestehenden Rechtssatzes zu steuern, blieb das von uns gegebene Mittel unberührt und zwar hauptsächlich deßhalb, weil man das Vervielfältigungsrecht nicht als eine an und für sich in dem Eigenthume eines Werks liegende Befugniß zugibt, und nur zum Schutze des Autors dieselbe aufzuheben, beziehungsweise zu beschränken suchte; man bestritt vielmehr a priori das Vervielfältigungsrecht des Erwerbers eines schriftstellerischen, beziehungsweise artistischen Erzeugnisses, was auf dem Boden unseres positiven Rechts gar nicht gelingen konnte, das dem Autor keine besondere Begünstigung gewährt und das in seinen einzelnen Sätzen in ihrer analogen Ausdehnung nicht zu dem wünschenswerthen Resultate einer ausschließlichen Vervielfältigung führt. War es daher schon aus diesem Grunde sehr natürlich, daß die Gesetzgebung sich der Sache annahm und durch einen imperatorischen Rechtssatz das Verbot des Nachdruckes feststellte, wobei selbstverständlich der juristischen oder wissenschaftlichen Zerlegung dieses Verbots kein Hinderniß im Wege steht, so kommt hiezu die weitere Erwägung, daß die gesetzliche Normirung geboten war für die Modalitäten, unter welchen diese Ausscheidung und partielle Minderung der Eigenthumsrechte stattfinden soll und kann; ferner ist sie nöthig, um die Folgen einer Verletzung der dinglichen Berechtigung festzusetzen, da ohnedieß eine gehörige Liquidation

des durch sie entstandenen Schadens sehr schwer gegeben werden könnte, denn es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß, wenn ein Werk durch Nachdruck verbreitet wird, es nahezu unmöglich ist, die dadurch geschehene Beeinträchtigung zur juristischen Gewißheit zu bringen.

Unsere Auffassung hat, um sie kurz noch einmal zu erörtern, den Charakter, daß sie zunächst eine Untersuchung darüber anstellt, was für einen Einbruch in das bestehende Rechtssystem durch das Verbot des Nachdrucks gemacht wird, daß sie sich die Frage aufwirft, wie der vollkommen berechtigte Gedanke eines Schutzes der geistigen Erzeugnisse seine rechtliche Realisirung erhält und kommt auf diesem Wege zu dem Resultate, daß dieser nach moralischen und allgemein-rechtlichen Erwägungen gebotene Schutz nicht anders erreicht werden kann, als durch Minderung der den Kreis der dem Eigenthümer zustehenden Befugnisse erfüllenden Zuständigkeiten. Auf diese Weise allein kann auf der Basis unserer gesetzlich sanktionirten Rechtsprinzipien das Verbot des Nachdrucks in das rechte Licht gerückt und dem Anspruche auf formelle und systematische Einfügung dieses neuen Rechtsgesetzes Genüge gethan werden. Angelehnt an den bestehenden Eigenthumsbegriff, der an und für sich auch für den Eigenthümer eines geistigen Produkts in seiner Fülle zukommt, wird ein Bestandtheil desselben, der in der concreten individuellen Beziehung das Recht der beliebigen Vervielfältigung in sich begreift, von demselben abgelöst, in einer Weise, daß sie bloß dem Urheber des geistigen Werks bleibt, beziehungsweise denjenigen, die mit seiner Erlaubniß dieselbe ausüben. Der Grund dieser das Eigenthum an Geisteserzeugnissen modificirenden Bestimmung — die Sicherung eines materiellen Vortheils für die Autoren — tritt, nachdem er als Motiv und wesentlicher Faktor für die Bildung dieser Beschränkung gewirkt hat, ganz aus dem Bereiche der juristischen Thatsachen, nachdem sie im erzeugenden Momente ihre schöpferische Wirkung geäußert und ihren Abschluß gefunden in der gesetzlichen Bestimmung einer dem Eigenthum an Geisteswerken immanenten Dispositionsschmälerung. Wie häufig kommt im Rechtsleben die Erscheinung vor, daß durch geistige, sittliche und sociale Triebkräfte ein Rechtsinstitut hervorgerufen wird, das sich sodann für die juristische Analyse und Entwicklung von den es erzeugenden Kräften ablöst und in dem Gebiete des Rechts sein selbstständiges Leben führt und nur für die geschichtliche Betrachtung, deren Aufgabe in dem Erfassen aller auf die Rechtsbildung einflußreichen Elemente besteht, kann unser Blick auf die Entstehungs- und Erzeugungsmomente eines Rechtssatzes gerechtfertigt

sein. Die juristische Operation ist eine secirende und analytische, die geschichtliche eine verbindende und synthetische.

Eine passende Analogie für unsere Auffassung des Nachdrucksverbots bieten die sogenannten Legalservituten, welche in Beziehung auf Gutsnachbarn bestehen. Wie hier mit Rücksicht auf das gegenseitige Verhältniß den Inhabern von Gütern Beschränkungen auferlegt werden, die nicht im strengen Rechtsprinzipe wurzeln, so werden dem Erwerber und Eigenthümer von geistigen Erzeugnissen Beschränkungen zugemuthet, welche das aufmerksame Interesse des Publikums ebenso wie das der Autoren erfordert; es ist ebenfalls eine Modifikation des Eigenthumsbegriffs, die einer dem strengen Rechte abgekehrten, in den Rücksichten der Billigkeit oder Cultur und wie die andern exoterischen Gesichtspunkte heißen, bestimmten Einwirkung ihre Entstehung verdankt. Hiebei wirft sich die Frage auf, ob diese ganze Rechtsdeduktion sich mit dem bestehenden Rechte in Harmonie befindet? Soviel ist gewiß, daß die meisten der gesetzlichen Bestimmungen der gegebenen Auffassung nicht widersprechen, obgleich anderseits nicht geläugnet werden will, daß sie nicht derselben zu Grunde liegt, da dieselbe bis jetzt von keiner Seite meines Wissens vertreten worden ist, und der von uns behauptete Zusammenhang des Nachdrucksverbots mit dem Eigenthume bis jetzt noch nirgends aufgedeckt worden ist. Allein selbstverständlich kann hierdurch der Richtigkeit der diesseitigen Ansicht kein Abtrag geschehen, da die prinzipielle Erkenntniß durch die äußere gesetzliche Normirung dieses Verhältnisses nicht gehemmt wird.

Um nun noch näher auf den gewonnenen Gesichtspunkt einzugehen, so muß man sich zunächst aus der Servitutenlehre an den Satz erinnern, daß alle möglichen Befugnisse, die aus dem Eigenthume abfließen, zum Gegenstande einer Personalservitut gemacht werden können, vorausgesetzt nur, daß der allgemeine Charakter dieses Rechtsbegriffes dabei gewahrt bleibt (l. 14, §. 3 de alim. leg. [3, 1]).

Es kann somit keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß auch die an und für sich im Eigenthume eines Buches liegende Berechtigung, dasselbe zu vervielfältigen, in Form einer Servitut zum Vortheile des Autors ausgeschieden und zur Personalservitut gestempelt werden kann. Diese Servitut ist, um die in den Pandekten übliche Eintheilung auf sie anzuwenden, eine negative, d. h. sie besteht in einem Nichtthundürfen von Seiten des Verpflichteten; ferner ist sie eine sogenannte servitus continua, insofern sie fortwährend ausgeübt wird und nicht blos in einzelnen Handlungen sich äußert l. 14 pr. de servit. (8, 1).

Eine weitere Frage besteht darin, wie dieß Verhältniß anzusehen ist, wenn der Autor seine dingliche Berechtigung durch einen Verlagsvertrag auf einen Andern überträgt? Persönliche Servituten sind bekanntermassen höchstpersönliche, d. h. sie sind dem Rechte nach unübertragbar; hingegen steht nichts im Wege, daß die faktische Ausübung desselben durch einen Dritten stattfindet. So ist der Nießbrauch bekanntermassen der Ausübung nach übertragbar, obgleich die Substanz des Rechts bei dem Nießbraucher bleibt. Wird daher vom Autor der Verlag seines Werkes einem Dritten vertragsmäßig eingeräumt, so erwirbt derselbe rechtlich auch das Recht auf ausschließliche Nutznießung desselben in dem gegebenen Umfange, wie auch der Usufruktuar durch Verleihung des Nießbrauchs an einen Dritten, diesem ein rechtlich begründetes faktisches Ausübungsverhältniß verschafft.

Eine weitere Frage, die sich aufwirft, besteht darin, ob der Umstand, daß das Nachdrucksverbot auf die Erben übergeht, nach den meisten Gesetzen, nicht der Anschauung, wonach in demselben eine Servitut liegt, im Wege steht? Nach den allgemeinen Grundsätzen über Personalservituten steht es fest, daß sie vermöge ihrer höchstpersönlichen Natur in der Regel mit dem Tode des Berechtigten erlöschen. §. 3 Inst. de usufr. (2, 4), l. 3, §. 3 cod. (7, 1).

Allein so unumstößlich dieser Grundsatz als Regel in unseren Quellen enthalten ist, so lassen dieselben doch auch wieder eine Modifikation zu, deren nähere Betrachtung für uns von Wichtigkeit ist. In der l. 38, §. 12 dig. d. V. O., wirft Ulpian die Frage auf: wenn Jemand sich und seinen Erben einen Nießbrauch versprechen läßt, ob dann der Erbe auf denselben klagen kann. Der Jurist antwortet darauf, er könne es, obgleich der Ususfruktus verschieden sei. Es dürfte nun zunächst unbezweifelt sein, daß das, was die Quellen hier über den Nießbrauch in Beziehung auf die Erben sagen, jedenfalls auf alle Personalservituten angewendet werden kann, und wir ohne alles Bedenken den Satz aussprechen dürfen, daß auch jede andere Personalservitut auf die Erben gestellt werden kann. Hingegen könnte noch daran gedacht werden, an den Zusatz der citirten Stelle, daß der Nießbrauch verschieden sei in der Person des Erblassers und des Erben und könnte auch für unsern Fall etwas abgeleitet werden. Allein gerade das wäre richtig, denn das, was die Quellen hier sagen, trifft nur beim Nießbrauch, der seiner ganzen Natur nach subjektiv bedingt ist und bei jedem Subjekt sich nothwendig anders gestaltet. In unserem Fall kann diese Differenz nicht eintreten, da das hier in Frage stehende Recht

identiſch iſt in Beziehung auf ſeine Geltendmachung, in welche Hände auch dieſelbe gelegt wird. Unſere Pandektiſten nehmen in dem unterſtellten Falle an, daß die Servitut in der Perſon der Erben als eine ganz neue angeſehen werde, was die Folge habe, daß letztere dieſelbe erwerben können, wenn ſie gleich ihr Erblaſſer nicht erworben hatte (Seuffert's Pandekten, 3. Aufl., und der dort zitirte Voet, Commentar II, 151).

Allein auch dieſe Konſequenz aus dem Begriffe der Perſonal-Servitut hat jedenfalls faktiſch für unſer Verhältniß keinen Werth, da es keinen praktiſchen Unterſchied begründet, ob das Recht des Erben als ein originäres oder abgeleitetes angeſehen werden will. Iſt nun auf die genannte Weiſe nachgewieſen, daß ſchon aus allgemeinen Grundſätzen der Vererblichkeit der im Nachdrucksverbote liegenden Berechtigung von dem von uns aufgeſtellten Geſichtspunkte über den Charakter derſelben nichts im Wege ſteht, ſo können wir noch weiter darauf aufmerkſam machen, daß jedenfalls eine geſetzliche Normirung der Vererblichkeit dieſes Rechtes vollkommen zuläſſig und mit den Grundprinzipien der Perſonal-Servituten abſolut vereinbar iſt; denn das Weſen derſelben enthält nichts, was dieſelbe nicht möglich erſcheinen läßt, denn wenn beim ususfructus, usus, habitatio eine in der Regel auf die Perſon beſchränkte Konſtituirung angeordnet wird, ſo hat dieß ſeinen guten Grund theils in der objektiven Natur des Rechtes ſelbſt, theils in der ſubjektiven Bedingtheit desſelben, während gerade für andere Perſonal-Servituten die Nothwendigkeit dieſer Begrenzung nicht beſteht. Hiezu kommt noch, daß unſere Servitut keine zeitlich begrenzte iſt, ſo daß auch hiedurch keine zu weit gehende Belaſtung und Minderung des Eigenthums beſeitigt wird.

Die von uns behauptete Servitut iſt nun weiter eine ſogenannte reſervirte, d. h. der Autor behält ſich bei Uebertragung des Werkes auf den Verleger u. ſ. w. das Recht der weiteren Vervielfältigung vor. Ueber die Natur dieſer reſervirten Servituten im Allgemeinen ſiehe Thibaut, juriſtiſche Abhandlung 2.

Dieſe reſervirte Servitut beruht, wie wir ſchon oben auseinandergeſetzt haben, jetzt auf einem beſondern Geſetze, und haben wir noch auf einen Einwand einzugehen, der unſerer Auffaſſung gemacht werden kann. Man könnte nämlich ſagen: wie kann man von einer Servitut ſprechen, wenn es ſich blos von der Entwendung eines Manuſkriptes handelt? Wenn ferner z. B. Jemand ein Werk, das ich ihm leihe, gegen meinen Willen durch Druck verbreite? Es iſt gewiß richtig, daß

in diesen Fällen, wo der Autor noch unbeschränkter Eigenthümer seines Werkes ist, noch gar kein Raum für unsere dingliche Berechtigung besteht; aber es ist dieß auch gar nicht nöthig, da hier schon auf andere Weise geholfen werden kann, und nur Zweckmäßigkeitsgründe haben dahin geführt, diese Fälle den andern, den normalen, von welchen bei der Betrachtung des ganzen Verhältnisses ausgegangen werden muß, gleichzustellen und auch sie gleichsam so zu behandeln, obgleich hiezu rechtlich und faktisch keine Veranlassung und Grund vorliegt hinsichtlich der Existenz eines Klagerechtes, während hingegen das praktische Bedürfniß bei der Liquidation des Schadens dazu führen kann, es wünschenswerth zu halten, diese Fälle wie die eigentlichen unter die sonstigen Bestimmungen über die Folgen des Nachdruckes zu stellen, da es unleugbar ist, daß es in den unterstellten Verletzungen des Autorrechtes eben so schwer ist, den entstandenen Schaden zur Evidenz zu bringen, wie in den von uns als normal bezeichneten, was, wie wir schon früher angedeutet haben, jedenfalls eine gesetzliche Normirung des ganzen Rechtsverhältnisses erfordert.

Der normale Fall ist und bleibt, wenn Jemand auf rechtmäßige Weise das Eigenthum eines Werkes erwirbt und nunmehr eine Vervielfältigung desselben vornehmen will. Hier können wir an der Hand der thatsächlichen Verhältnisse unterscheiden:

a) der Autor verlegt sein Werk selbst — hier kann es ohnedieß keine Schwierigkeit machen, die von uns im Nachdrucksverbote liegende Beschränkung eintreten zu lassen,

b) der Autor gibt das Werk einem Dritten in Verlag; — hier könnte gesagt werden, daß, da der Autor an den vom Verleger hergestellten Exemplaren gar nie Eigenthümer geworden ist, so kann er sich auch die von uns behauptete Servitut nicht vorbehalten. Allein unseres Erachtens steht nichts im Wege behufs der juristischen Konstruktion, daß, wenn der Verleger die Herstellung des Werkes des Autors übernimmt, zunächst der Letztere das Eigenthum daran erwirbt, aber daß gleichzeitig auf den Verleger dasselbe übertragen wird. Eine ganz passende Analogie bietet der im römischen Rechte enthaltene Eigenthums-Erwerb bei der fructus separatio, bei welcher der Grundsatz gilt, daß die Früchte zunächst in der Regel dem Eigenthümer zufallen, und erst durch einen Akt der Besitz-Ergreifung von Seiten des hiezu Berechtigten dem letzteren erworben werden; die hierin bestehenden Ausnahmsfälle treffen bei dem Verleger nicht zu (s. über diese Lehre Bangerow I, S. 701 ff.).

Aber auch noch auf andere Weise läßt sich der Punkt in Frage juristisch gestalten. Der Autor überläßt vertragsmäßig den Druck und die Verbreitung des Werkes unter der Modalität, daß er die über das festgesetzte Maß hinausgehende Vervielfältigung sich vorbehält, beziehungsweise das Gesetz mit dem Entstehen des Eigenthums an Werken, die Beschränkung, die im Nachdrucke liegt, entstehen und sich bilden läßt.

Haben wir nun, was wir glauben, in genügend substantiirter Weise den rechtlichen Charakter des Nachdrucksverbotes als einer auf den Erwerb von Büchern ruhenden dinglichen Beschränkung, die gesetz-

lich statuirt worden ist, erörtert, so ergeben sich aus dem Charakter des Rechtes auch die Mittel, die der Realisirung desselben dienen, und die mit Effekt angewendet werden.

Die Klagen, die dem Autor zustehen, sind keine anderen, als:

1. die actio confessoria, welche dahin geht, daß die gesetzlich bestehende Berechtigung anerkannt und deren freie Ausübung gegen jede Störung gesichert werde; in unserem Falle geht sie ferner auf Entschädigung wegen des durch den Eingriff entstandenen Schadens. Diese Klage hat übrigens, neben der Kontraktsklage, auch der Verleger gegen den Autor, der in des Ersterem eingeräumten Verlagsrechte sich vergeht; denn wenn auch dem Verleger nur die faktische Ausübung der Servitut auf eine bestimmte Zeit mit dem Vertrieb des Werkes, an dem sie haftet, übertragen wird, so wird er analog demjenigen, der einen Usus fructus von dem Usufruktuar erhält, auch die konfessorische Klage gegen den Autor anstellen können; jedenfalls aber kann ihm eine actio in factum confessoria gegeben werden. Die Klage hat zu ihrem Inhalte außer dem Genannten den Nachweis, daß nach den gesetzlichen Voraussetzungen in subjektiver und objektiver Beziehung die Servitut besteht, welche Beweistheorie hier nicht weiter ausgeführt zu werden braucht.

2. Eine weitere Klage ist die actio negatoria, die dem Eigenthümer eines einzelnen Werkes zukommt, so ferne er in der vollen Benützung der ihm zustehenden Eigenthumsbefugnisse gehindert werden will. Hiebei versteht es sich, daß dieselbe nur dann eine Wirksamkeit hat, wenn entweder die Bedingungen, unter welchen der Nachdruck steht, gar nicht im konkreten Falle vorhanden, oder verloschen sind.

Zum Schlusse kommen wir nochmals auf die Frage zurück, ob die bestehende Gesetzgebung des Landes mit unserer Auffassung im Einklange steht. Wir getrauen uns den Nachweis zu liefern, daß die meisten Bestimmungen der Bundesbeschlüsse sich mit derselben vereinigen lassen, halten es aber an diesem Orte nicht für nöthig, da es uns vor Allem um eine rechtliche Diagnose der im Nachdrucksverbote enthaltenen Gebilde zu thun war, und wir auch nicht leugnen, daß jedenfalls die Bundesbeschlüsse von den von uns gegebenen nicht ausgehen. Hingegen glauben wir, einen Beitrag zur Neugestaltung dieser Verhältnisse gegeben zu haben, die ohnedieß nicht lange auf sich warten lassen kann, da darüber jedenfalls kein Zweifel herrscht, daß die bestehende Gesetzgebung trotz ihres relativen Fortschrittes dringend einer einheitlichern und vollständigern Reform bedarf, zu deren baldigen Eintritt der gegenwärtig wieder wichtiger wirkende Einheitsdrang auf dem Gebiete des Rechtes nicht den geringsten Hebel abgeben dürfte.

VIII.

Findet eine Succeſſion in dem Beſitze ſtatt?

Vom Herrn J. U. Dr. Randa, a. o. Profeſſor der Rechte in Prag.

Der Beſitz wird nach Maßgabe der §§. 309 und 312 a. b. G. B. (abgeſehen von je einem Falle des ſymboliſchen und fingirten Beſitz-Erwerbes) nur durch Handlungen erworben, welche die thatſächliche Herrſchaft über die Sache vermitteln. Durch Rechtsgeſchäfte, welche zum Erwerbe von Rechten ſich eignen, wird Beſitz nicht erworben, daher insbeſondere weder durch Vertrag, noch durch Erbgang (Erbſchaft, Vermächtniß). Daß durch Vertrag Beſitz nicht übertragen wird, kann nach dem Geſagten nicht zweifelhaft ſein. Bedenklicher ſcheint die Frage in Anſehung des Erbganges. Allein auch hier müſſen wir konſequent behaupten: durch Erbſchaft oder Vermächtniß wird Beſitz nicht übertragen. Denn Erbſchaft und Vermächtniß erſcheinen als Rechtsnachfolgen; der Erbe tritt in das geſammte Recht des Verſtorbenen (succedit in universum jus defuncti), der Vermächtnißnehmer in ein einzelnes Recht desſelben (§§. 532 und 535 a. b. G. B.) [1]).

Eine Rechtsnachfolge, möge ſie nun eine Univerſal- oder Singular-Sukzeſſion ſein, ſetzt begriffsmäßig Rechte voraus; der Beſitz iſt aber kein Recht, ſondern eben nur Thatſache. In Thatſachen gibt es aber keine Rechtsfolge. Der Erbe tritt daher zwar in

[1]) Vergleiche über die Sukzeſſion Unger II, §. 74, und Arndts §. 56, insbeſondere Note 1, gegen die Entwickelung dieſer Begriffe durch Kuntze.

alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, aber den Besitz des Erblassers erwirbt er als solcher nicht. Darum heißt es in L. 23 pr. D. de poss.: Cum haeredes instituti sumus, omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter apprehensa ad nos non pertinet. Der Erbe muß also denselben erst besonders nach der allgemeinen Regel erwerben [2]).

Namentlich darf nicht etwa in der Einantwortung der Erbschaft eine (etwa symbolische) Uebergabe gesehen werden. Denn die Einantwortung enthält blos gerichtliche Anerkennung des Erben; von einer Uebergabe (wirklichen oder symbolischen) kann also dabei keine Rede sein. Das Gesetzbuch gibt auch nicht den entferntesten Anhaltspunkt zu einer solchen Auffassung [3]). Denn daß unter der „Uebergabe in den rechtlichen Besitz", von welcher der §. 797 spricht, nur die schriftliche Einantwortung (Zuerkennung) des Nachlasses gemeint ist, geht aus dem §. 819 hervor und wurde auch nie bezweifelt. Die Richtigkeit unserer Behauptung geht auch aus der Erwägung hervor, daß die liegende Erbschaft (hereditas jacens), deren Persönlichkeit nach §. 547 bis zum Erbsantritte fingirt wird, keinen Besitz hat, weil sie als fingirtes Subjekt weder des zum Besitze nothwendigen Willens, noch der physischen Herrschaft über die Sache fähig ist [4]). Während also die lie-

[2]) Die Einwendung, daß der Besitz nach der Auffassung des Gesetzbuches ein Recht sei (§. 308), behebt sich durch den anderweitig gelieferten Beweis, daß der Besitz auch nach der Auffassung des Gesetzbuches selbst nur ein geschützter thatsächlicher Zustand ist. Selbstverständlich kann der Erbe den Besitz auch durch Stellvertreter erwerben, z. B. durch den Pächter des erblasserischen Grundes, der mit Genehmigung des Erben den Pacht fortsetzt.

[3]) Vergleiche auch Unger II, S. 21, Note 24, und Verlassenschafts-Abhandlung in Oesterreich XIII, Note 3 und 4. Der Erbe erwirbt das gesammte Recht, daher auch die dem Erblasser gehörigen Sachen, schon mit der Erbserklärung, vorausgesetzt, daß er der wahre Erbe ist, daß also auf Grund derselben die Einantwortung erfolgt (arg. §. 547), und nicht erst mit der Einantwortung, wie dieß freilich die herrschende Ansicht unserer Gerichte und Kommentatoren ist, die in der letzteren grundlos die „Erwerbsart" der Erbschaft sehen. So Stubenrauch II, S. 760, und die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Nr. 37 der Ger.-Ztg. v. J. 1861. Vergl. dagegen schon Schuster: Abhandlung über die Comp., S. 108; Unger a. a. O.; die Entscheid. des Oberlandesgerichtes Venedig v. 11. Juli 1860 in der cit. Nr. 37, und dazu die guten Bemerkungen des Einsenders. Die Einantwortung hat daher nicht die Funktion der Tradition.

[4]) Ueber die juristische Persönlichkeit der h. j. vgl. Unger System I, S. 317, Note 10, und Arndts §. 465, Note 2, gegen Harum Magazin X, S. 254, der dieselbe der Natur der Verhältnisse und §. 457 zuwider leugnet. Ist zur Verwaltung und Vertretung des Nachlasses ein Kurator bestellt, sei es, weil die Erben gänzlich unbekannt sind, oder von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch machen, so kann dieser als Verwalter der Erbschaft für dieselbe Besitz erwerben und haben. Vergl. §§. 129, 130 des Ges. v. 9. August 1854.

gende Erbschaft ihrem Zwecke nach den Uebergang der Rechte vom Erblasser auf den Erben vermittelt, kann diese Vermittelung des Ueberganges beim Besitze nicht eintreten. Hereditate jacente ist daher vacua possessio [5]).

Daß eine Succession in den Besitz nicht stattfinde, erkennt das bürgerliche Gesetzbuch mittelbar dadurch an, daß es bei der Ersitzung (§. 1493) von einer Einrechnung der Besitzzeit des Vorgängers in den Besitz des Nachfolgers spricht. Diese „Einrechnung" beruht gleich der römischen accessio possessionis auf dem Grundgedanken der Unübertragbarkeit des Besitzes [6]); denn fände eine Succession in denselben Statt, dann verstünde es sich von selbst, daß auf den Besitznachfolger alle Vortheile seines Vorgängers auch in Ansehung der bereits begonnenen Ersitzung übergehen, und der auf einer Fiktion beruhenden singulären „Einrechnung" der Besitzzeit des Vorgängers bedürfte es gar nicht! Zwar scheint gerade der §. 1493 eine Succession in dem Besitze anzuerkennen: „Wer eine Sache von einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer redlich übernimmt, der ist als Nachfolger berechtiget, die Ersitzungszeit seines Vorfahren mit einzurechnen." Allein die Worte „als Nachfolger" sprechen blos die Nothwendigkeit eines derivativen Titels als eines unerläßlichen Erfordernisses der Einrechnung aus [7]). Im Gegentheile geht aus dem §. 1493 mit Bestimmtheit hervor, daß eine Einrechnung nur dann stattfindet, wenn der Successor den Besitz bereits erworben hat. Heißt es daselbst doch: „Wer eine Sache ... übernimmt, ..." Hieraus ergibt sich, daß die Erbschaft und der Erbe vor der Apprehension nur petitorische, nicht possessorische Rechtsmittel haben [8]). Fingirter Besitz der Erbschaft und Besitzerwerb des Erben

---

[5]) Anderer Ansicht ist in Ansehung des röm. Rechtes Böcking §. 123, Note 8. Aber L. 1, §. 15 D. 47, 4 spricht klar das Gegentheil aus; cf. L. 88 D. 29, 2. — Auch die oberstgerichtliche Entscheidung Nr. 136 Ger.-Zeitung und Stubenrauch I, S. 698, behaupten das Gegentheil auf Grund des §. 547 für das österreichische Recht.

[6]) Vergl. Böcking Pandekten §. 124, Note 29. Unger I, S. 18, Note 10. Possessionem hereditas non habet. L. 1, §. 15 D. 47, 4. Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung wird durch das nicht entkräftet, was Brinz einwendet (poss. trad. a. a. O. S. 29): daß die accessio dadurch sich erkläre, daß nach der Fassung des interd. utrubi gefordert werde, daß der Kläger selbst den Besitz gehabt habe. Handelt es sich doch hier um Usucapionsbesitz.

[7]) Vergl. Demelius Rechtserwerb a. a. O.; Jhering Abhdlg. Hered. jac S. 257; dagegen Koeppen Erbsch. §. 13.

[8]) Die in der Person des Erblassers bereits begründeten Besitzklagen gehen auf den Erben über. Vergl. Witte: Das interd. uti poss. S. 84. Unger Erbrecht VI, §. 40, Nr. 6.

ohne Apprehension mag vielleicht aus Utilitätsgründen für das positive Recht zu empfehlen sein (und die Praxis dürfte durchaus dafür sein); allein keines von beiden finden wir in unserem Gesetzbuche ausgesprochen. Daß durch Erbgang Besitz nicht erworben werde, ist im römischen Rechte auf Grund klarer Quellenstellen fast allgemein anerkannt, selbst von Brinz S. 662, 664, 667, der sonst derivativen Besitz behauptet [9]). Vergleiche besonders Dunker Zeitschrift f. Civilr. und Praxis, XII, welcher gegen Pfeiffer Prakt. Ausf. I, Nr. 15, die einzige Stelle, welche dieser mit einigem Grunde anführen konnte: „Possessio (oder usucapio? Vergl. Koeppen Erbschaft, S. 66, Anmerkung) defuncti quasi juncta descendit adheredem richtig auf accessio p. bezieht; Savigny S. 377, Puchta Pandekten §. 130, Sintenis Civilrecht §. 42, Böcking §. 124, Nr. 29, Holzschuher (Kunze) II, §. 88, Witte Interd. uti poss. S. 48, Koeppen Erbschaft §. 13 [10]). Von den österreichischen Schriftstellern anerkennt Pachmann §. 40, Unger I, S. 18, Nr. 10, VI, §. 40, Nr. 48, Demelius Rechts-Erwerb, Ger.-Ztg. 1858, Nr. 36, und wie es scheint auch Minasiewicz, Tabularbesitz S. 30, die Unübertragbarkeit des Besitzes [11]). — Stubenrauch I. S. 698 scheint Fortsetzung des Besitzes

[9]) Außer der bereits cit. L. 23 pr. D. de poss. sprechen dieß aus L. 1, §§. 15, 16, D. 47, 1: possessionem hereditas non habet, sed nec heredis est possessio, antequam possideat: c. 2 C. ne rei dom. c. 1—5. C. reb. non alien. c. 3. C. praesc. l. t. Daher war auch an Erbschaftssachen keine contrectatio möglich, wie sie der Begriff des Diebstahls nach römischem Rechte erforderte. L. 6. D. 47. 19. L. 14. 68. D. 47. 2.

[10]) Die Behauptung einiger älteren Schriftsteller, daß dieser Grundsatz durch das deutsche Recht, nach welchem das gesammte Vermögen ohne besondere Erbshandlung auf den Erben übergeht, seine Geltung verloren habe, ist grundlos. Der Grundsatz: Der Todte erbt den Lebendigen (le mort saisit le vif) bedeutet eben nur, daß es einer besonderen Erwerbshandlung nicht bedarf, um den Nachlaß zu erwerben, ein Satz, der durch das römische Recht seine Geltung verlor und auch nach österreichischem Rechte nicht gilt (§. 799 a. b. G. B.). Dieß gegen Koch S. 185, der sich irrthümlich auf den §. 556 G. B. beruft. Uebrigens ist es selbst nach deutschem Rechte zweifelhaft, ob der Erbe unmittelbar in den Besitz eintritt. Vergl. dagegen, von Aelteren (besonders Runde) abgesehen, Gerber Privatrecht §. 248, Note 11, und Zeitschrift für Civilprozeß, neue Folge, XI, S. 19; Reyscher Zeitschr. für deutsches Recht, V, S. 205. Dafür neuerlich Walter, Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 242. Die ältere Literatur ist bei Runde deutsch. Privatrecht §. 787 ausführlich angegeben. Die Verwechslung der Begriffe „gewere“ und „Besitz“ hat wohl wesentlich zu der Ansicht von dem sofortigen Uebergang des Besitzes auf den Erben Anlaß gegeben. Nur von der gewere reden die Quellen. So namentlich die oft zitirte Stelle des sächsischen Lehenrechts 61, welche wir mit Gerber a. a. O. S. 19 verstehen.

[11]) Sonderbarer Weise spricht aber Pachmann §. 51 wieder davon: daß die accessio poss. des §. 1493 dem Grundsatze, daß ein Nachfolger desselben

des Erblaſſers durch die Erbſchaft anzunehmen; über den Beſitz-Erwerb des Erben ſpricht er ſich ſo wenig als die übrigen Kommentatoren aus. Auch die Entſcheidung des oberſten Gerichtshofes vom 25. September 1862, Nr. 136 Ger.-Ztg. 1863, ſcheint einen Beſitz der Erbſchaft und Erwerb des Beſitzes durch Erbgang anzunehmen: „Die Erblaſſerin G. befand ſich im faktiſchen Beſitz, und nach §. 547 G. B. muß dieſelbe (?) entweder ungeachtet (!) ihres Ablebens noch fortan, oder der Kläger als deren Alleinerbe als im Beſitze befindlich angeſehen werden.“ — Das ſächſiſche Recht beſtimmt im §. 2288 ausdrücklich: „Der Beſitz an den erbſchaftlichen Sachen geht ohne Beſitz-Ergreifung durch die Antretung der Erbſchaft auf den Erben nicht über.“ Nach preußiſchem Rechte iſt die Frage beſtritten. Auf Grund des §. 49 I. 7: „Wer jedoch einem Anderen in einem Inbegriffe von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Beſitz-Ergreifung in Anſehung der einzelnen unter dem Inbegriffe enthaltenen Sachen“ halten wir gegen Koch S. 185 mit Gräwell (Beſitz §. 49) eine Apprehenſion zum Beſitz-Erwerbe nicht für nöthig, obgleich wir die Zweideutigkeit des §. 49 nicht verkennen [12]). Aus art. 2235 Code, welcher die accessio possessionis normirt, läßt ſich für das franzöſiſche Recht dasſelbe ſchließen, was nach römiſchem Rechte gilt. Vergl. Dernburg Zuſammenrechnung, Archiv für civ. Praxis, welcher unter Berufung auf Troplong, S. 275 und 288, derſelben Anſicht iſt. Anderer Anſicht ſcheint zu ſein Plank S. 30, Note 12.

Aus dem Vorſtehenden ergibt ſich, daß Beſitz immer ſelbſtſtändig, originär, neu erworben werden muß. Es gibt keinen derivativen Beſitz-Erwerb in dem Sinne, wie es derivativen Rechts-Erwerb gibt, wie ſich

---

Rechtes theilhaftig werde, welches dem Vormanne gebührte, vollkommen gemäß ſei (?). —

[12]) Die entgegengeſetzte Anſicht ſpricht aus die Entſcheid. des Berliner Ober-Tribunals vom 7. November 1849 (bei Mathiäe I, S. 125): „Nach römiſchem Rechte, heißt es daſelbſt, gehört der Beſitz entſchieden nicht zum Nachlaß. Der altdeutſche Rechtsſatz: „Der Todte erbt den Lebendigen,“ iſt in einem verſchiedenen Rechtsſinne aufgefaßt. Einige Partikulargeſetzgebungen (die Magdeburger Polizei-Ordnung, Neue Kölner Rechts-Ordnung) und das ſpätere franzöſiſche Recht laſſen den Erben mit dem Tode des Erblaſſers in den Beſitz treten. Eine gleiche Deutung geben mehrere Rechtslehrer, wie Schilter, Heinecius, Eiſenhart u. A. dieſem Rechtsſatze, während der am Ende des vorigen Jahrhunderts einflußreiche Runde ihn auf die Erwerbung der Erbſchaft und das Recht zu deren Transmiſſion beziehen, aber davon den Uebergang des Beſitzes getrennt haben. Dieſer letzteren Anſicht iſt auch das preußiſche allgemeine Landrecht. Freilich wollen Manche im §. 49, VII, 1. Thl. das Gegentheil begründet finden.

denn überhaupt die Eintheilung der Erwerbsarten in originäre und derivative nur auf Rechte bezieht. Der Besitz des Nachmannes ist ein neuer, vom Vormanne unabhängiger, auch wenn demselben etwa ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt. Darum auch die Unanwendbarkeit der für den derivativen Rechtserwerb geltenden Regel: Nemo plus juris in alium transfere potest, quam ipse habet — für den Besitz. Der Besitzer ist Besitzer, auch wenn der Vormann nur Inhaber war. Daraus ergibt sich auch die Unzulässigkeit, ja Sinnlosigkeit der „Vertretungsleistung" im Besitz-Prozesse, mit der mitunter in der Praxis Unfug getrieben wird. Die Uebergabe einer Sache zum Besitze (ungenaue Uebergabe, Tradition des Besitzes benannt) hat nur die rechtliche Bedeutung, daß der bisherige Besitzer seinen Besitz zu Gunsten des Andern freiwillig aufgibt, in Folge dessen der Besitz-Ergreifung der Sache von Seiten des Letzteren kein Hinderniß entgegensteht (vacua possessio). Nie aber gelangt dieser ohne einen Apprehensions-Akt schon allein durch das Aufgeben des Besitzwillens auf Seite des Tradenten — in den Besitz. Der Besitz aber, den dieser nun an der Sache erlangt, ist nicht etwa Fortsetzung des Besitzes seines Vorgängers, sondern stets ein neu (originär) erworbener, — neuer Besitz [13]). — Werfen wir nun einen Blick auf die Darstellung der Erwerbsarten des Besitzes, wie sie das Gesetzbuch gibt, so sehen wir, daß dieses in den §§. 314 und 315 die Besitz-Erwerbsarten in unmittelbare und mittelbare eintheilt. „Den Besitz sowohl von Rechten als von Sachen erlangt man entweder unmittelbar, wenn man freistehende Rechte oder Sachen; oder mittelbar, wenn man eines Rechtes oder einer Sache, die einem Andern

[13]) Vergl. Savigny §§. 5 und 28, insbesondere S. 376, Puchta §. 130, Unger II, S. 18, Demelius a. a. O. Dagegen spricht Brinz I, S. 60 von Uebertragung des Besitzes. „Warum auch possessionis traditio nicht eben sowohl wie dominii traditio eine Succession enthalte, sehen wir nicht ein." Unter Berufung auf L. 1, §. 21 h. t. und Z. 24 pr. L. 38, §. 1 und L. 5 D. 41, 3 „voluntate mea, nactus sit possessionem" findet er in der voluntas des früheren Besitzers den Successionsgrund gleichmäßig für den Besitz wie für das Recht. Allein der Wille des früheren Besitzers kann kein Erwerbsgrund des Besitzes sein, weil derselbe überhaupt für den Besitzerwerb gleichgiltig ist. Wenn sich Brinz weiter (im Jahrb. f. gem. deutsch. R. III) darauf stützt, daß in den Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes (insbesondere beim Pfandgläubiger, Sequester und Prekaristen) die possessio übertragen wird, so ist einzuwenden, daß von diesen Ausnahmsfällen kein Schluß auf die Regel statthaft ist. Sollte übrigens nicht traditio possessionis eben so ein Metapher sein, wie trad. dominii? Siehe Brinz selbst, §. 55. Für das österreichische Recht, das den abgeleiteten Besitz nicht kennt, trifft das Argument Brinz's überhaupt nicht zu. Gegen Brinz vergleiche nun auch Witte Zeitschrift, N. F. 18, S. 238 f. Sintenis I, S. 455, Note 8.

gehört, habhaft wird." Im §. 315 unterscheidet es ferner die mittelbare Erwerbung wieder in eine eigenmächtige und eine unter Mitwirkung des bisherigen Inhabers stattfindende. Diese Eintheilung erinnert sofort an die Unterscheidung der Eigenthums-Erwerbsarten in ursprüngliche und abgeleitete. Unter der ersteren versteht das Gesetzbuch, der älteren Doktrin folgend, jene, bei welcher freistehende (res nullius), unter der letzteren solche, bei welcher bereits im Eigenthume stehende Sachen erworben werden (§. 381 Randrubrik, und §. 423). Gegen diese Eintheilung hat sich schon Unger II, S. 5, Note 9 mit Recht erklärt, da doch von einer Vermittelung der Erwerbung und daher von einer mittelbaren Erwerbung nur bei derivativem Erwerbe die Rede sein kann, nicht aber, wie dieß im §. 315 geschieht, auch bei der einseitigen (eigenmächtigen), also von der Mitwirkung des bisher Berechtigten unabhängigen Erwerbung [14]). Aber auch abgesehen davon und von der Abnormität, die in der Annahme freistehender Rechte (welche wären das wohl?) liegt, wird die ganze Eintheilung des §. 314 in die mittelbare und unmittelbare Besitz-Erwerbung völlig werthlos und unpraktisch, da im §. 15 alles Gewicht nicht etwa auf die sogenannte Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit, sondern darauf gelegt wird, ob der Erwerb einseitig oder im Wege der Uebergabe (also unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers) erfolgt [15]). Allein auch für die Eintheilung des Besitzerwerbes (im §. 315) in einen einseitigen und einen unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers erfolgenden ist keine Nothwendigkeit vorhanden [16]), denn zwar knüpft der §. 315 daran eine scheinbare Modifikation in Ansehung des Umfanges des Besitz-Erwerbes, aber es ist schon früher gezeigt worden, daß diese Modifikation eben nur eine scheinbare ist, welche sich unter Berücksichtigung der in beiden Fällen darstellenden verschiedenartigen Verhältnisse von selbst ergibt.

---

[14]) Unter der mittelbaren Erwerbung versteht also das Gesetz die an freistehenden Sachen; unter der unmittelbaren jene an ein Eigenthum befindlichen. Unrichtig sagt der §. 314: „die einem Andern gehörte", da die Sache dem Apprehendenten selbst gehören kann. Der sogenannte mittelbare und unmittelbare eigenmächtige Besitz entspricht dem originären, der mittelbare dem derivativen Erwerbe der Rechte.

[15]) Vergl. Demelius: Rechtserwerb, Ger.-Ztg. 1858, Nr. 35. Bei der einseitigen Besitz-Ergreifung soll nämlich nur so viel erworben werden, als wirklich ergriffen wurde; bei der unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers erfolgenden aber Alles, was dieser gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig wäre, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen.

[16]) Daß diese Eintheilung nicht mit jener im originären und divertiven zusammenzuwerfen ist, ergibt sich aus der Auffassung des Besitzes als Faktum. Ableitung ist nur bei Rechten möglich, bei Thatsachen hat sie keine Bedeutung. Vergl. Demelius a. a. O.

IX.

Drei österreichische Civil-Prozeßgesetze aus dem XVII. Jahrhundert.

Vom Herrn Dr. Johann Schenk, Hof- und Gerichts-Advokaten in Wien.

II. Artikel*).

Die Ordnung des Innspruker Kammergerichtes vom 10. Juni 1641 [1])

besteht aus 3 Theilen, deren erster in 14 Titeln die Gerichtsverfassung, der zweite in 5 Titeln die Zuständigkeit und innere Einrichtung, der dritte in 21 Titeln und einem Anhange die Procedur regelt.

---

*) Siehe Haimerl's Vierteljahresschrift, XIV. Band, 1. Heft.

[1]) Zu den 3 vom Max I. in seine Hauslande eingesetzten Regierungen gehörte auch das „Regiment und Kammer zu Innspruk," für welches er eine eigene Instruktion vom J. 1500 (Montag nach Zanus paulstag) abgedruckt bei Rapp, Anhang S. 163, erließ. Damals war das Verfahren auch bei der Regierung nach alter Sitte: „Item dann der Gericht Recht vnd verhor halben Ist vnnser maynung daz die in allermals wie bisher gehallten worden sein widrumb zu Innßpruk Järlich zu den vier Quatemper zeiten gehallten vnd alle Händl vnd sachen, es betreff aigen leben, perkhwerch oder annders so sich an diesem ambt zu Rechtfertigen geburt durch Sy verhört, vnd guetlich oder rechtlich vnd sonst entschiden vnd gehandelt .... Vnd nachdem dann die partheyen, d. h. die Redner vnd fürsprecher in Verhör vnd Recht mit vil vberflüssigen vnd vnnodturfftigen Reden vnd aufzügen lanng aufgehalten, vnd in Kost vnd schäden gefürt. Ordnen vnd Setzen wir, das hinfür khain Parthey in verhör vnd Recht vber drey mal gehört vnd so pald also yede Parthey dreimalen geredt hat, solle der Rechtspruch darauf beschehen, vnd yeder Parthey khainer verner einredt gestatt werden . . ."

Im I. Theile wird den Richtern Kürze im Votiren empfohlen und aufgetragen justas causas recusationis zu melden (1 Titel). Die Advokaten und Procuratoren sollen in Eid genommen, einen gradum in jure haben, die Partheien von ungerechten Streichen abmahnen. Bei der Regierung soll nur durch Advokaten oder Prokurator, deren keine Partei mehr als Einen haben darf, verhandelt werden. Die Advokaten müssen dem Kammergerichte beharrlich beiwohnen und ohne Erlaubniß sich nicht absentiren, im Falle ihrer Verhinderung oder Abwesenheit aber einen wohl informirten Substituten bestellen, sie sollen mit einer auf die Durchführung des ganzen Streites lautenden Vollmacht versehen sein und sich mündlich und schriftlich einer vollständigen und kurzen Darstellung befleißen, ihre Schriften in guter Ordnung halten und die in der Kanzlei angefertigten Expeditionen ordentlich beheben (tit. 2).

Der Gerichtssekretär soll die Registratur in guter Ordnung halten und Niemanden unbefugt Einsicht in die Akten gestatten; er soll in den Audienzen die Receß und Handlungen fleißig protokolliren, die Submissiones merken, die Akten compiliren und in den Rath geben, die Urtheile mit Fleiß concipiren, die Abschriften collationiren, die Citationen nicht ad unum actum sed ad totam causam stellen. Auch soll die nöthige Zahl von Gerichtsboten gehalten werden (tit. 3). Zum juramentum paupertatis sollen nur mit obrigkeitlichem Armuthszeugnisse versehene Personen zugelassen werden (tit. 4). Die Zustellungen sollen zu Handen der Partheien oder in ihre Behausung geschehen, auf den Stücken ordentlich angemerkt und darüber von den Bothen Relationen erstattet werden; den Partheien steht aber frei die Zustellungen durch Notarien besorgen zu lassen. (tit. 5.)

Ehrenrührigkeiten und Ordnungswidrigkeiten sollen an den Procuratoren und Advokaten mit Verlust des Deservits und Strafe von einem Groschen geahndet, in bedeutendern Fällen aber pro arbitrio judicis geahndet werden (tit. 6). Die tit. 7—14 erhalten verschiedene Eidesformeln.

Im II. Theil wird das Kammergericht als I. Instanz competent erklärt für Lehensachen und für Streite, bei denen von einem sonst gehörigen Gerichte das Recht versagt, oder gefährlich verzogen wird, oder der Richter einer partheischen Entscheidung verdächtig ist (tit. 1). Sonst ist das Kammergericht II. Instanz, doch findet eine Appellation nicht statt in Streiten über weniger als 25 fl., es wäre denn, daß sie Obrigkeit, Dienstbarkeit, ewigen Zins u. d. gl. be-

treffen. Muthwillige Appellation soll bestraft werden (tit. 2). Wird die Appellationsbeschwerde nicht binnen der bestimmten Zeit eingebracht, so wird die Appellation für desert gehalten und zur Execution geschritten, doch ist Restitution zur Versäumung dieser Frist zulässig (tit. 3). Sollte ein Gericht I. Instanz binnen 30 Tagen die Appellationsakten nicht an das höhere Gericht expedirt haben, so kann jede Parthei bei letzteren compulsoriales verlangen (tit. 4). Ferien werden gehalten vom 17. Dezember bis 2. Jänner, vom Palmabend bis zum Sonntag quasi modogeniti, vom Sonntag Exaudi bis zum Sonntag trinitatis, alle Feiertage, dann durch die ganzen Monate Juli und August (tit. 5).

Der III. Theil bestimmt, daß die gewöhnlichen Audienztage alle Freitag gehalten werden (tit. 1). Der Kläger soll im I. Termin die Original-Ladung oder Mandat mit ihrer Verkündung oder Zustellung und den Inhalt der schriftlich in duplo überreichten Klage[2]) wiederholend vorbringen (tit. 2). Der Antworter soll entweder seine dilationes, oder sonstigen exceptiones im II. Termin anbringen, oder den Krieg befestigen und allenfalls den Eid vor Gefährde leisten (tit. 3), seine responsiones und articulos defensionales peremptories soll er im III. Termin vorbringen; der Kläger kann in eben diesem Termin repliciren, mehrere schriftliche Handlung ist ihm in der Regel nicht gestattet. Jeder Theil hat sich über die von seinem Gegner angeführten Thatsachen bestimmt zu erklären, unterläßt er dies, so wird den Angaben des Gegners Glauben beigemessen (tit. 4). Wenn Kläger in obigen 3 Terminen nicht Commissarien benannt, und dilationem probandi verlangt hat, so kann er dieß im IV. Termin thuen; gegen die Commissarien kann der Geklagte in diesem oder weitern Termin excipiren, und der Kläger in einem nochmaligen Termin dawider repliciren. Dem Kläger ist sohin angemessene Frist zur Beweisführung zu bestimmen, wollte er einen Beweis nicht führen, so hat er dies in einer Nachschrift anzuzeigen (tit. 5). Nach erlangter Abschrift der Zeugenaussagen kann der Geklagte in wichtigern Sachen schriftlich excipiren oder in minderen Fällen seine Einwendungen im V. Termin anbringen (tit. 6). Im VI. und VII. Termin hat der Kläger über die

---

[2]) Rapp erwähnt einer nachgefolgten Verordnung vom 27. Mai 1653 (Erzherzog Carl's), wodurch die Beibringung der schriftlichen Behelfe des Klägers in der Klage oder Replik, des Geklagten in der Einrede oder Duplik so strenge aufgetragen wurde, daß widrigenfalls keine Rücksicht mehr darauf genommen werden konnte.

gegen die Zeugenaussagen angebrachten Exceptionen zu repliciren und sohin der Geklagte zu dupliciren (tit. 7). Im VIII. und IX. Termin wird sohin mit Schluß und Gegenschluß das Verfahren beendet (tit. 8), oder kann die Verhandlung vom Antworter mündlich mit kurzen Worten beschlossen werden (tit. 9).

Wenn der Antworter exceptiones dilatorias vorbrachte, sollte darüber in ähnlicher Weise verhandelt werden (tit. 10). Die peremtorischen Einwendungen sollten aber alle gleichzeitig angebracht werden (tit. 11).

In Appellatoriis sollte im ersten Rechtstag der Appellant seine Appellation einlegen (tit. 12), im zweiten der Appellant sich über die formalia appell. erklären und wenn er dagegen nichts einzuwenden hatte, antworten und litem contistiren. Wollte ein Theil nova anbringen, oder das in der I. Instanz Eingebrachte weiter ausführen, so war, wie in I. Instanz zu verfahren (tit. 13). Wollte nach gethaner Appellation nicht allein super iniquitate sed etiam nullitate geklagt werden, so sollte beides alternative angebracht werden; wurde die Nichtigkeit nicht dergestalt befunden, daß dadurch in der Hauptsache unwiderbringliches Unrecht geschehen, so sollte der Prozeß anderer Unförmlichkeiten halber nicht als nichtig verworfen, sondern in der Hauptsache erkannt, und so wie in appellatorio procedirt werden (tit. 14).

Alle Schriften sollen doppelt eingelegt, ein Paar dem Gericht und eines dem Gegner übergeben werden (tit. 15). Der 16. und 17. handeln von der Contumaz auf dem Systeme der negativen Litiscontestation. Der 18. von der Execution des Urtheiles, welche immer durch die erste Instanz zu geschehen hatte. Ueber die Gerichtskosten war im Urtheil zu erkennen, sohin das Verzeichniß derselben dem Gericht zu übergeben, wider dasselbe konnte der Sachfällige excipiren, doch sollten darüber mehrere Schriften nicht ohne erhebliche Ursachen zugelassen werden (tit. 19). Von den Kammergerichtsurtheilen soll nicht appellirt, auch keine restitutio in integrum gefährlicher Weise begehrt werden (tit. 20). Geringfügige Sachen sollten von Andern vorgenommen werden (tit. 21).

Man sieht aus dieser Skizze, daß dieses Gesetz nichts ist, als ein Abklatsch der Reichskammergerichtsordnung. In vielen Artikeln stimmt sie sogar wörtlich überein, nur ist die R. K. G. O. detaillirter und entwickelter in ihren Vorschriften. Das in Wien 1629 bei Georg Gelbhare erschienene, 245 Seiten füllende Concept der

R. K. G. O. (unter Mathias) besteht aus 3 Theilen, die erste von den Personen mit 70 Titeln und 18 Titel Anhang (Eide). Der zweite Theil von Gewalt und Gerichtszwang in 38 Titeln, enthaltend die Bestimmungen über die Personen und Sachen, welche dem Kammergericht theils in erster, theils in zweiter Instanz unterworfen sind. Der dritte Theil endlich vom gerichtlichen Prozeß mit folgenden Unterabtheilungen: von Terminen in I. Instanz, von dem 4. Termin. Von Terminen in Außzügen, so die Hauptsache aufhalten, und gar nicht abschneiden, genannt Dilatoriae. — Von Terminen in endlichen Auszügen, genannt Exceptiones peremptoriae. — Von Terminen II. Instanz, so von Bei- und Endurtheil an das K. G. appellirt wird, umfassend 64 Titel [3].

Betrachten wir nun diesen Prozeß, theilweise vergleichend mit den böhmisch- oder österr. Formen, so treten wesentliche Unterschiede hervor.

Vor allem ist es die Eigenthümlichkeit der Terminsabtheilung, welche sich im Reichsprozesse vorfindet.

Welch' Perspektive öffnet das Gesetz, wenn es selbst den 8. und 9. Termin als Regel annimmt, und darauf noch einen 10. ganz in der Ordnung findet?

Zergliedern wir einmal, was mit diesen Terminen beabsichtigt wird!

Im 1. Termin wird die Ladung und deren Zustellung vorge-

---

[3]) Wie ausführlich die Vorschriften sind, zeigt z. B. eine Uebersicht der die Advokatur betreffenden Bestimmungen. Von S. 47 bis 62 beschäftigen sich die Titel 30 bis incl. 38 ausschließlich damit. Wir geben die Aufschriften der Titel: Von Advokaten und Procuratorn, wie sie geschikt und wie viel deren seyn sollen. — Wie man Procuratoris und Advokaten bestallen, wie viel, und was Sachen ein jeder annehmen soll. — Von Substituirten und nachgesetzten Procuratorn und Übergebung der Sachen. — Wie die Procuratores mit genugsamen Gewalt, Ratificirung, und sonst in andere Lag versehen seyn sollen. — Von der Advokaten und Procuratorn Ampt vor Rath. — Von der Advokaten und Procuratorn Ampt vor Gericht. — Von der Advokaten und Procuratorn Ampt vor der Kantzley. — Von andern unterschiedlichen Punkten der Procuratorn Ampt belangendt. — Ob die Partheyen eygne Redner haben mögen. — — Freilich damals fiel es auch Niemanden im Traume ein, zu glauben, daß je eine geordnete Rechtspflege ohne eine gut organisirte Advokatur möglich wäre, deren Statut auch ganz entsprechend sogleich nach den Richtern, und vor allen übrigen Kanzleipersonen und Notarien seinen Platz finden mußte.

wiesen, und der Kläger muß nicht nur die Klage schriftlich überreichen, sondern auch deren kurzen Inhalt mündlich vorbringen. Eines war gewiß überflüssig. Man hätte nun denken sollen, daß wenigstens im selben Termine noch ein Fortschritt der Prozedur bemerkbar sein könne. Dieß wäre zu eilig. Die Gründlichkeit erforderte einen andern Termin, also wenigstens wieder eine Woche später, bloß um — nein sagen zu können. Man gewinnt einen wahrhaften Eckel vor dieser Heuchelei, welche sich als litis contestatio breitmacht. Natürlich der römische Prozeßlehrer hatte eine zu große Hochachtung vor diesen Formen (die nur bei der Mündlichkeit einen wahren Sinn haben), um sie nicht auch auf seinen schriftlichen Prozeß aufzupfropfen, wie er Klage und Ladung, Artikulirung und Schriftlichkeit und nebenbei die mündliche Darlegung — ein offenbarer Ueberfluß — bestehen ließ.

Also am 2. Termine wird litis contestirt. Welch' mühevolle Arbeit! Zugleich aber soll der Kläger seine Klage „repertiren loco articulorum." Zu was der Aufwand? Wird die Klage nicht doppelt überreicht? Besitzt also nicht der Geklagte schon ein Exemplar? Wie könnte er auch litis contestiren, wenn er dieselbe nicht kennen würde? — Damit nun der Geklagte am Ende gar sich schon am 2. Termine in die Sache selbst nicht einläßt, wird gleich ausdrücklich bemerkt, daß er im dritten Termine die Beantwortung erstatten könne. Charakteristisch ist die Stilisirung: „und hierauf dem Beklagten am nächsten Termin zu antworten zugelassen sein," also er darf gar nicht früher. Der 3. Termin ist herangekommen. Hier nimmt die Kammergerichtsordnung einen erhebenden Anlauf. Ja sie gebiethet, daß der Geklagte seine Responsionis (doppelt) schriftlich überreichen soll — und o Wunder, im selben Termine über allfällige Einwendungen verhandelt werden soll. Freilich hinkt ein Nebensatz mit. Wenn nämlich nicht alle Artikel der Klage beantwortet würden, so kann die Exception deßwegen entweder am selben oder nächsten Gerichtstag geschehen. Auch ist es nur eine Phrase, wenn es heißt, daß eine Replication unterbleiben, und „die Erkenntnuß straks ohne einigen unnöthigen Rechtssatz folgen soll." Wie war das möglich, da ja der Eid zulässig war, daß er „die mehreren Schriften „nicht gefährlicher Weis" einbringen will. Ja wenn der Geklagte auch gar nicht erschienen war, so sorgte die liebevolle Sorgfalt des Kammergerichts für den Beutel des Advokaten, und ließ die ganze Prozedur des Beweises durchmachen, als hätte der Geklagte auf das

lebhafteste widersprochen[4]). — Wäre aber sonst nichts; bestünde die Aufgabe des Geklagten nur in der Ueberreichung der Responsiones? nein, die theoretische Unterscheidung unserer Einredetheile erhielt hier seine praktische Geltung; reus excipiendo fit actor; dieß darf er natürlich nicht in der andern Form zugleich thun, dazu gehört eine eigene Schrift, damit dem Formalismus genüge geleistet werde; er kann seine Defensional eingeben, doch soll er sich beeilen, d. h. vor dem Beweisstadium des Klägers. Uebrigens erhält er gleich den Trost: Wenn es nicht geschieht, so soll sich der Herr Procurator nichts daraus machen, ein Calumnatseid ist ja leicht abgelegt!

Das Beweisinterlocut ist noch nicht ausgebildet. Es wird daher dem Kläger überlassen, den Beweis zu führen, und dieß soll er sich in obigen dreien Terminen zu thun befleißigen, „hätte er aber dieß unterlassen, so solle er solches in diesem vierten Termin thun."

Die Aufnahme der Beweise, Zeugen, Urkunden, geschah durch Commissäre. Dieß gibt nun unserm Gesetze wieder eine Gelegenheit, um der römischen Casuistik, in der wir deutsche Juristen ja so unendlich viel gelernt haben (sogar den Reichskammergerichtsprozeß), Ehre zu machen. Einmal ein kleines Nebenprozeßchen über die Personenfrage der Commissäre, der wol von der Regierung selbst entschieden werden muß. Dann kommen die Dilationes (die heute mit den minder weichen Namen Fristerstreckungen benannten immergrünen Schmarotzerpflanzen jedes Prozesses) an die Reihe und die erste, zweite, dritte mag hingehen; dann aber schwingt das Gesetz seinen Donnerkeil und verweist auf — die gemeinen Rechte. Uebrigens ist es nicht so böse gemeint, denn es hatte eben angeordnet, daß dem armen Prozeßführer doch gewiß „so viel vonnöthen bequeme Zeit gegeben werde." Die Regierung, der es ja zusteht, auch „eine Zeit pro omni Dilatione .... zu bestimmen," wird sich diesen Passus wol gemerkt

---

[4]) Ich begreife wenigstens nicht, wie der einzige Grund für die negative Lit. cont. allen richtigen Gegengründen gegenüber das Uebergewicht behaupten soll. Ich halte es mit dem französischen Grundsatz und seiner trotz der Verhandlungsmaxime doch vorhandenen Souveränität des Gerichtes. Braucht dieses noch Beweise, so kann es dieselben auch durchführen lassen, obschon es in der Regel nicht geschieht. Fast den gleichen, obschon etwas abgeschwächten Grundsatz der affirm. lit. cont. haben auch wir angenommen, und wie mir däucht mit Recht. Denn dem Bestreben, allen Fällen gerecht zu werden, muß jede Gesetzgebung entsagen, sonst geräth sie leicht auf Wege, wo sie selbst da ungerecht wird, wo sie gerecht sein könnte. Preußen thut aber in seinem Summarprozesse des Guten offenbar zu viel.

haben. Wird aber kein Beweis geführt, so hätte schon längst die weitere Schrift erstattet werden können. Doch Ordnung erhält die Welt und viele Termine machen die Advokaten reich. „Wann also der Kläger sich keinem Beweisthum unterfangen wollte, solle er im nächst folgenden gewöhnlichen Termine seine Nachschrift eingeben ....“

Freilich wissen wir es uns zu erklären, wie es so kam. Man betrachtete jede Schrift als ein Prozeßrecht jeder Parthei, wie es auch heute vorhanden ist. Aber geht es dann verloren, wenn eine einseitige Handlung genügt? Nein, man wollte im Festhalten des alten Formalismus die Uebergabe jeder Schrift zu einem zweiseitigen Akte stempeln, und da war es wol nicht anders möglich, als daß die persönliche Gegenwart der Partheien oder ihrer Mandatare und zugleich die schriftlichen Akten eine Nothwendigkeit waren.

Die verzögernden Momente beider Prozedurs-formen häuften sich in diesem Prozesse auf, und es braucht Niemand mehr in Erstaunen zu setzen, ja die Ungeheuerlichkeit desselben Prozesses von 40—50 Jahren wird mehr als sehr gewöhnliche Früchte seiner deutschen Gründlichkeit erzeugen.

Nun wäre man — wenn kein Beweis geführt wurde — nach der fünften Tagsatzung glücklich bis zur Einlegung der Akten angelangt.

Es wird dies wol eine seltene Ausnahme gewesen sein, und die Prozesse, welche nur Monate dauern, sind im schriftlichen Verfahren allwegs eine sehr große Seltenheit. Wenn es auch nicht immer zu besonders langwieriger Ausspannung des Materials kam (wie z. B. Beckmann selbst in Steiermark von einem Prozesse erzählt, der 123 Tagsatzungen und 27 Jahre zur Vollendung nothwendig hatte) wenn das Beweisverfahren dazu kam, gehörte immerhin eine starke Dosis Geduld dazu, um in der deutschen Justiz ein Muster zu erblicken.

Denn abgesehen von den Dilationen und der natürlich nothwendigen Zeit z. B. zur Zeugenvernehmung gab ja die Bekritelung der Zeugenaussagen wieder die herrlichste Gelegenheit zu einem Doppelkonzerte der beiden Prokuratoren. Man wolle den tit. VII aufmerksam lesen: „Wo also Antworter wider die Zeugen oder ihrer Aussag excipiren würde, solle hernacher dem Kläger sein Replic oder Gegenschrifft vergunnt, auf dieses dem Antworter die Duplic erlaubt sein, alles in dem gewöhnlichen Termin.“ Doch nicht genug. Auch eine Schlußschrift muß noch erstattet werden und dann selbstverständlich eine Gegenschlußschrift. Wäre dies aber auch nicht der

Fall, so mußte doch noch ein Termin nothwendig sein zur mündlichen Conclusion — worauf dann wieder ein Termin zur Gegenconclusion erfolgte[5]).

Darüber aber scheint kein Zweifel zu sein, daß die eine Bedingung einer guten Justiz, Schnelligkeit, nicht vorhanden war[6]). Daß es mit der Gründlichkeit besser ausgesehen habe, mag zugegeben werden, obschon man sich oft zu sehr an einen Strohhalm stützt. Denn die Justiz kann faktisch nimmer gerecht sein, wenn einmal der Modus ihrer Durchführung so viel Zeit erfordert, daß in der Regel die ganze Sachlage sich längst geändert und der Berechtigte längst genöthigt war, sich auf irgend eine Weise selbst zu helfen.

Besser als die erstrichterliche Procedur war der Appellationsprozeß, wenn man überhaupt mit der Zulassung von Neuerungen einverstanden ist. Dadurch freilich würde wieder die ganze Wirthschaft der endlosen Termine in die II. Instanz verpflanzt, und „die Wohlthat wurde Unsinn." — So aber der Appellant oder Appellat was neues fürbringen, oder das in erster Instanz eingebrachte weiter ausführen wollte, soll solches schrifftlich durch Artikul, doch daß der Klag erster Instantz gemäß und nicht auch sonst andere Sachen gestekt sein, fürbringen, darauf wie recht geantwortet und ferners procedirt werden solle, wie oben prima instantiae ausgeführt worden."

---

[5]) Goblern führt auf S. 63 ein Formular eines „Schrifftlichen Beschlusses" an, das mehr als 2 Folioseiten anfüllt. Es ist nichts anderes als unsere heutige Beweisschrift, nur mit dem Unterschiede, daß der Schluß auch dann stattfand, wenn keine Weisung vorausging, und daß sich derselbe auch in einem solchen Falle, nicht wie wir heute uns in der Regel an das Materiale der Beweisinstanz hielt, sondern das ganze Thema noch einmal zusammenfaßte.

[6]) Diese Richtung lag schon im Reichsprozesse. Schon Goblern (in seinem 1578 erschienenen „gerichtlichen Prozeß ... im heil. Reich teutscher Nation gebrauch" konnte eine schreckenerregende Schilderung dieses Terminenwesens, und was das bedauerlichste, ganz ernsthaft, ohne einen Gedanken einer Kritik, entwerfen. Unter der Aufschrift: „Wie viel ordentlicher Terminen ein Gericht hat, vnd welche Substantial oder Accidental seyen," gibt er nicht weniger als 20 Termine an, welche ganz regelrecht abzuhalten sind. Darüber erscheinen zwar nur 9 Substantialtermine, d. h. solche, welche „nötig dergestalt, daß sie keinesweges mögen vnderlassen werden," aber die Accidentialtermine, z. B. Einwendungen, der Incompetenz, der mangelhaften Bevollmächtigung der Rechtsfreunde; betreff der actorischen Caution, des Gefährdeeides, in Beziehung der Weisungen, Einwendungen gegen die Zeugen und dergleichen werden in der Regel faktisch nicht minder substanziell gewesen sein.

Wo dieses aber nicht geschah (was wahrscheinlich aber selten oder nie eintrat, denn es müßte doch ein Prokurator sein Handwerk schlecht verstehen, wenn er nicht diese goldene Pforte eines neuen Prozesses aufgemacht hätte), konnte in zwei Terminen die Sache abgemacht sein. Freilich, die ganze gemeinrechtliche Procedur der Actenversendung und Appellationsbetreibung beschwert auch hier unendlich, denn zwischen der Verkündigung des ersten Erkenntnisses und dem ersten Termine in der Appellations-Instanz muß nothwendig fast ein Jahr verstreichen, um alle diese Nebenrequisiten zu erfüllen.

Wenn eine Seite unseres Processes nach der Josefinischen Gerichts-Ordnung einen offenbaren Fortschritt beurkundet, so ist es die völlige Emancipation vom gemeinen Rechte in dieser Richtung. Denn es ist wahrhaft schwer, einzusehen, warum nicht die einfache Uebersendung der Akten durch das erkennende Gericht hinreichen sollte, um die Parteien sicher zu stellen. Freilich, in Deutschland traten staatsrechtliche Momente betreffs der niedern und höhern Gerichtsbarkeit — Emancipationsbestrebungen hinzu, welche wohl mannigfache Vorsichtsmaßregeln erzeugen mußten. Der böhmische Prozeß hatte schon früher bei Revisionen [7]) in dieser Beziehung eine sehr einfache Weise angenommen, die auch dann bei Appellationen in unsern heutigen Prozeß überging [8]).

---

[7]) F. LXXXII. Wann aber die Revision von Uns zugelassen; So sollen ... zum wenigstens 9 .... geschwornen Justiz und andern Räthen benennet und ihnen committirt werden innerhalb 6 Wochen .... in Unserer Königlichen Böheimischen Hof-Kanzlei zusammen zu kommen, da ihnen dann nicht allein die Acta, welche bey dem Landrecht ergangen, sondern auch mehr angeregte Revisions-Schrift, welche das anhaltende Theil eingebracht, wie auch, da das Gegentheil auf beschehene Communikation in dem Termine der 6 Wochen etwas darauf Schrifftlich geantwortet, zugestellt werden. Darauf sollen die darzu verordneten Räthe, solches alles ablesen lassen, und bey ihren Pflichten und Eyden, so sie in Annehmung ihrer Ämter geschworen, eines und des andern Theils in denen Actis (außer welcher dann, so wenig in der gemeldten Supplication oder Revision als darauf erfolgten Antwort-Schrift nicht was Neues vorgebracht, oder da es vorgebracht, nicht attendiret werden soll) begriffene fundamenta fleißig erwägen, auch die Ursachen und Gründe, darauf solch' Urtheil geschöpfet, und so, dem Herkommen nach, jederzeit in Unsers Land-Rechtens Urtheil gesetzet werden, gegen dem von dem Gegen-Theil in demselben Actis angenommenen Fundament halten, und so sie solch' Urtheil gerecht erfunden, dasselbige wieder confirmiren, und bekräftigen, oder so ichtwas durch die Urtheiler übersehen und geirret, oder sonst solch' Urtheil nichtig oder dieser Unserer —— —— nicht gemäß wäre, dasselbe bis auf Unsere .... Ratification reformiren, und Uns .... referiren.

[8]) Wir wollen nicht untersuchen, ob die der französischen chambre des requêtes ähnliche Einrichtung, wie sie nach der b. L. O. bestand, nicht auch bei

Uebrigens war nach der Revisions-Ordnung für die niederösterreichische Regierung vom gleichen Datum wie die K. G. O. ein ähnliches Verfahren schon bei Revisionen festgestellt*). Nur drang hier wieder das Mißtrauen betreffs der Akten durch, und erscheint die Bestimmung, daß „die vorhandenen Akten und Schriften in praesentia partium aut advocatorum collationirt, und .... cum justificatione formalium (an die Regierung) übersendet werden müssen."

Bei der Kontrolirung in erster Instanz ist allerdings die beiderseitige Gegenwart ein nothwendiges Erforderniß (bei Contumazirungen hat es der Abwesende sich selbst zuzuschreiben). Auch die böhmische Landes-Ordnung und die Novellen geben darüber ganz bestimmte Aufklärungen.

Aber im weiteren Instanzenzuge scheint ein überflüßiges Mißtrauen nicht am Platze. Denn gewiß ist es wahr, Mißbräuche können verübt werden, aber als Regel können sie nicht angenommen werden. Dann liegt der Kotulus ja vor; endlich die Motivirung des ersten Erkenntnisses; es wird also die Partei schon aufmerksam werden, wenn eine Schrift allfällig nicht vorgelegt würde.

Uebrigens muß man bei den Justiz-Organen doch die gewöhnliche Pflichterfüllung voraussetzen, ohne welche überhaupt eine Justizpflege nicht möglich wäre.

Diese Frage, so wichtig sie im schriftlichen Verfahren ist, verschwindet beim mündlichen, um einer andern nicht minder schwierigen (praktisch aber meistens sich von selbst lösenden) Frage Platz zu machen: der Feststellung der Qualitäten.

---

uns zweckmäßig gewesen wäre? Gewiß ist, daß schon die mit dieser Vorfrage in Verbindung gestandene Bestimmung, daß die Rationis decidendi, die Motive, den Urtheilen einverleibt werden mußten, ein Fortschritt war, zu dessen Erreichung die deutschen Kronländer noch fast 2 Jahrhunderte brauchten.

*) Es ist bemerkenswerth, daß Rapp (V. 112), wo er der den Tir. Landes-Ordnungen nachgefolgten Gesetze erwähnt, diese Kammergerichts-Ordnung überging, während er der Verordnung derselben Erzherzogin vom gleichen Datum betreffs der Revisionen erwähnte.

X.

Drei öſterreichiſche Civil-Prozeßgeſetze aus dem XVII. Jahrhundert.

Vom Herrn Dr. Johann Schenk in Wien.

III. Artikel.

Das Erſte Buech
Der Nieder-Öſterreichiſchen Landtsordnung.

Von dem ordentlichen Gerichts- und Executions-Proceß [1]).

Die erſten Titeln ſind der Darſtellung der Gerichts-Verfaſſung gewidmet.

„Die N. Ö. Regierung iſt nach uns die Höchſte Obrigkeit beeder Erzherzogthumb Öſterreich vndter vnd ob der Ennß .... gehören alſo dahin alle das gemaine Weeſen beider Länder betreffente Polizei- und Justici ſachen. .... Alle Appellationen von vnſern Landtmarſchal-Gericht unter und der Landtshaubtmannſchaft ob der Ennß, vnſerer alhieſigen Univerſität, Statt Wienn, Stattgericht, wie auch von unſern Landfürſt Stätt vnd Märkhten vnd allen andern Weltlichen Gerichtern und Inſtanzien.“

[1]) Wir entnehmen dieſes Geſetz einem Manuſkripte aus der Juſtiz-Miniſterial-Bibliothek, welche auf der erſten Seite obigen Titel (und die Bemerkung Frantz Grafen v. Colloredo Ihrer k. k. Apoſtl. M. würklichen Cämmerer und N. Ö. Regierungs-Rath zugehörig), und auf den erſten 91 Blättern die Prozeß-Ordnung enthält. Dann folgt mit neuer Paginirung (mit Uebergehung eines II. Buches) „Das dritte Buech der N. Ö. Landt Tafel“ Von Teſtamenten ꝛc. auf 38 Blätter. Endlich, ebenfalls mit neuer Paginirung, auf 19 Blättern, „Das VI. Buech Vom Erbrechte ....“ Nach dem Charakter der Schrift und dem Inhalte dürfte dieſes Manuſkript aus der Mitte des 17ten

Als erste Instanz tritt die Regierung mit Ausschließung aller andern Gerichte ein: In Klagen des Fiscus oder gegen denselben. — Die landesfürstl. Lehens, wie auch des Vicedomb, Handtgraven, auch Waldt Ambts sachen. Die Sachen der Praelaten und geistlicher Güter. Die landesfürstlichen Städte — Nobilitirter Personen, so nicht Landtleuth sind.

Jahrhunderts herrühren. Das im Wiener Stadt-Archive befindliche Exemplar ist offenbar ein älteres, und enthält auf 373 Blätter 4 Bücher: „Das Erste Buch der N. Ö. Landt-Taffel" (1—87). „Das Ander Buch: Von allerley Contracten gedingen vnd verbindlichen Handlungen" (188—197). Das Dritte Buech: „Von Testamenten ꝛc." (198—311). Das Viertte Buch: „Von der Landtgüetter Gerechtigkeit vnd Zuständen, auch andern Sachen, welche sich auf den Landt begeben, sammbt etlich darvon herrührenten straffmessigen Handlungen" (312—373). — De L'ucca erwähnt in seinem Justiz codex (I. Nr. 174) eines N. Ö. Landtafel-Manuskriptes in II Bänden aus der ehemaligen Vindhag'schen Bibliothek aus dem Jahre 1573; dieses scheint auch das im Stadt-Archive befindliche zu sein. Es findet diese Ansicht durch die Betrachtung des Inhaltes doppelte Bekräftigung. Man wolle den 34sten Titel dieses N. Ö. Landtafel-Manuskriptes aufschlagen: „Waß gestalt die gerichtliche Execution nach ordnung geworben vnd welche Zeit dieselbe bewilliget werden solle ist in vorbemerkter ... Gerichtsordnung des so siben und fünfzigsten Jahr außgangen ausführlich begriffen, darbey es nochmals allerdings Verbleiben solle." Daraus kann mit einiger Sicherheit geschlossen werden, da die Bezeichnung des Jahrhunderts fehlt (welche auch im vorigen Titel bei Anführung derselben Gerichtsordnung nicht erscheint), daß diese Landtafel noch im 16ten Jahrhunderte, und offenbar einige Zeit nach 1557 verfaßt worden war, eine Vermuthung, welche durch alle übrigen Angaben bestätiat wird, und das Jahr 1573 ganz sachgemäß als die Verfassungszeit betrachtet werden kann. Höchst bedeutsam ist auch eine Gegenüberstellung des Index beider; es zeigt sich, daß das Manuskript im Justizministerium schon viel entwickeltere Bestimmungen enthält; während das ältere nur 36 Titel bedarf, finden sich an spätern 78.

I.

Index titulorum.

(So in diesen vier Buechern der N. Ö. Landtafel begriffen.)

Das erste Buch.

1. Titel. Von dem gericht vnd gerichts Personen auch in Was fählen sich ainer des Richterlichen Ambts enthalten oder aber sein selbst Richter sein möge. — 2. Von ordinary vnd Summarischen Sachen, auf Welche Handlung für die N. Ö. Regierung oder der Landt-Rechten Ersten Instanz gehörig. — 3. Von der Jurisdiction vnd unter welchen gerichtszwang ein jede Personn gehörig. — 4. Von Ladungen, Citationen vnd Erforderungen. — 5. Von Exequirung der Ladungen. — 6. Von gerichtlichen Befelchen, so in Summarisachen gebreuchig. — 7. Von etlichen anhängigen Aigenschafften der Citationen. — 8. Von billichen Entschuldigungen des vermainten Vngehorsamb. — 9. Von Bestandt oder Caution zum Rechten. — 10. Von der gerichtlichen Bürgschafft auf Wiederstellung. — 11. Von Klagen, Libellen vnd beschwer Supplicationen, auch derselben Zierlichkeit vnd aigenschafften. — 12. Von den rechtmeisigen Einreden oppositionen und Exceptionen, welche wider das gericht, Ladung vnd der Klager Personn nach Landsbrauch fürgewendt werden, deßgleichen welche Personen clagen mögen oder nicht. — 13. Von

Das Landmarschallische Gericht (II. Titel) hat seine Competenz über die obern politischen Ständt von Fürsten, Grauen, Herrn Ritterschafft, wie auch ... gemainer Landschafft Officir, nicht weniger

---

Allerley Dilatory oder Peremtory Exceptionen, Einreden vnd Außzügen, die einer Clag entgegenstehen auch zu Was Zeiten ein jede fürgewendt werden solle. — 14. Von der Exceptionen, Einreden, vnd Außzügen, vnterschied, art vnd Aigenschafft. — 15. Von des Klägers Ungehorsamb in ordinari Sachen. — 16. Von dem Ungehorsamb, welcher sich vor dem Abschidt oder End Urthl in ordinary sachen durch den Beklagten Begibt. — 17. Von der Klager Vngehorsamb, so sich bey den Summarysachen begeben. — 18. Von des Beklagten vngehorsamb in summarisachen. — 19. Von verfänglicher antwortt, Litis Contestation oder verfahrung des Kriegs. — 20. Von der Kriegs-Befeßtigung Aigenschafft vnd Würkung. — 21. Von Gegenklagen und Reconventionen. — 22. Von Beweißungen vnd Probationen in gemain, auch der Vermuethungen vnd praesumptionen. — 23. Von Lebendigen Kundtschafften vnd Zeugensachen. — 24. Von Instrumentischer Bereißung Briefflichen Vrkhunden auch derselben Glaubwürdigkeiten. — 25. Von Exceptionen und Einreden, welche wider Briefliche Vrkunden geschehen. — 26. Von Edierung briefflicher Vrkhunden. — 27. Von gerichtlichen und würklichen Ayden vnd Juramenten. — 28. Von den Ayden, welche zu erstattung einer vnvollkommenen Weißung beschehen. — 29. Von halbmäßigen Beweißungen, welche Semiplenae Probationes genannt werden. — 30. Von gerichtlichen Erkandtnussen. — 31. Von Verfahrungen. — 32. Von gerichtlichen Vortheiln, Abschieden, vnd Erkhandtnussen. — 33. Von Gedingnuß vnd Appellationen. — 34. Von dem Vngehorsamb, welcher nach ergangenen Urtl oder Abschidt beschicht, auch den gerichtlich Executionen — 35. Von Expensen, gerichtlichen Unkosten vnd Schaden. — 36. Von Mäßigung der Expensen, Schaden abgenombener Frucht, Intereße vnnd anderer Accessorien.

II.

Index titulorum

(der spätern Compilation).

1. Titel. Von denen Personhnen und sachen, so vor Vnser N. Ö. Regierung als Erste vnd Anderte Instanz gehören. — 2. Von dem Landmarschall'schen Gericht, auch denen Personhnen vnd sachen so Zu demselbigen als Erster Instanz gehörig. — 3. Von den Landtsrechten, beysitzern, vnd aufhebung des Vnterschidts Zwischen den ordinari und extraordinarisachen. — 4. Von etlichen Regeln vnd Absezen, so die Jurisdictionen eines Gmain angehen, vnd man sich nach denselben zu richten hat. — 5. Von ordentlichen Klagen, Citationen, vnd wehme Zu Clagen Zugelassen ist, auch von veränderung der Clag. — 6. Von Arresten vnd Verbotten. — 7. Von Gegen Clagen reconuention genannt. — 8. Von Exequirung der Clagen vnd Gegen Clagen, auch andern Berichtlichen verordnungen. — 9. Von dem Beklagten, auch beeder sowohl des Clägers als der beclagten Ungehorsamb. — 10. Von den Advocaten, vnd Procuratoren, welche zu handlungen bey Vnserer N. Ö. Regierung oder Landtmarsch. Gericht Zugelassen werden möchten. — 11. Von der Caution oder bestandt Zum Rechten. — 12. Von der gerichtl. Bürgschaft, auf die widerstellung. — 13. Von Edirungen. — 14. Von Vidimira. — 15. Von recognoscirung der schriftlichen Instrumenten. — 16. Von der Sicherung vnd Benennung des Authoris. — 17. Von denen Einreden was Gmain, auch von den verzigigen Einreden Zu Latain dilatoriae genannt. — 18. Von denen entlichen Einreden Peremtoriae genannt. — 19. Von der Kriegsbefestigung

der weltlichen Landts-Mitglieder, Diener und Unterthanen (doch diese Letztern allein in denen Fällen, wenn die Herrn Erster Instanz nicht ausreichen oder selbst interessirt sind); eben so Ausländer.

---

zu Latain litis contestatio genannt. — 20. Von den Incidcat vnd Nebenstritten. — 21. Von dem Dritten so in eine Rechtssachen eintritt vnd zu Latain Tertius interveniens genandt wird. — 22. Von gieltigen Miteln vnd Commissionen. — 23. Von mündtlichen Verhören. — 24. Von Summari Process in Geistl. vnd Weltlichen sachen. — 25. Von ordentlich schriftlichen verfahrung. — 26. Von Anzahl der schrifften in den Verfahrungs weisungs- Summarii nebenstreetl. vnd Expens-Prozessen. — 27. In was Zeiten und Termin die Schrifftwechslung beschehen soll. — 28. Von Andern Rechtlich vnd Gerichts breuchigen Terminen. — 29. Von ferien. — 30. Von bey Vrthle vnd Will Abschiden. — 31. Von haubtweisungen, wie es mit denenselben gehalten, auch in was Zeit dieselben gefürhet werden sollen. — 32. Von verhörung der Zeugen, welche außer Landts, oder im Landt einen andern Gerichtszwang vnderworffen sind. — 33. Von lebendigen Kundtschafften vnd Zeugen auf welche Personen Zu tauglichen vnd Rechtmessigen Zeugen fürgestelt werden mögen oder nit. — 34. Von den Weiß Artikeln. — 35. Von denen interrogatorien oder fragstückchen. — 36. Von Verhörung der Zeugen vnd Zeuges-Commissarien. — 37. Wie die Landt Leuth ihre Zeugnuß ablegen. — 38. Von Schrifftlichen oder Instrumenta weißungen. — 39. Von der Gegenweißung. — 40. Wie es mit eröffnung der Weisung gehalten werden soll. — 41. Von der Weisung, welche durch Einnembung des Augenscheins gefürt wierdt. — 42. Von Außgeschnidtenen oder Spanzetlen vnd Knabholczer oder Rabischen. — 43. Von migner Bekhandnus. — 44. Von der Weisung zu Ewiger gedechtnus seu ad Perpetuam rei memoriam. — 45. Von denen Einreden wider die Zeugen vnd dero Aussag. — 46. Von der Khaufflaith, Appothekher, Handlsbücher vnd Registern, wie vnd was selbige Zu einer weisung dienen. — 47. Von gerichtlichen Wilkhürlichen Ayden. — 48. Von denen Rechtlichen vermuttungen zu Latein praesumptiones genannt, vnd was dieselbe gelten. — 49. Vom Beschluß des Rechten handls, so wohl in weisung als andern Processen. — 50. Von Zusamberrichtung der Schrifften, vnd was man darbey in Acht zu nehmen hat. — 51. Von End Vrthln, wie es mit Schöpffung vnd eröffnung derselben Zuhalten — 52. Von appellationen vnd in welchen Fählen, auch wehme dieselbe Zugelassen oder nicht. — 53. Von welchen Richtern man appelliren Kan, vnd in was ordnung die Appellationen gehen. — 54. Von Zeitten vnd fabalien der Appellationen, vnd Ernstlichen von Anmeldung der Appellationen. — 55. Von der Andern Zeit, als in welcher der Appellations Aydt abgelegt werden solle. — 56. Von der dritten Zeit, als Zusambenrichtung der Acten vnd begehrung der Apostel. — 57. Von der viertten Zeit, als Vbergebung Aignus. — 58. Von der fünfften Zeit als Fortsetzung der Appellation. — 59. In wehrender Appellation ist nichts Zu verreuen. — 60. Von Eröffnung der declaration. — 61. Von Herausgebung der Acten. — 61. Von Expens vnd Gerichtsuncosten, Gwaldt, Schaden, Nuczung vnd Mässigung derselben, auch was gestalt ein Expens Process Zuführn. — 63. Von Gerichts Vrkhundten. — 64. Von Nichtigkeit der Abschidt vnd erkhandtnussen. — 65. Von der Restitution in integrum. — 66. Wie es mit abforderung der Bericht vnd Guntachten Zuhalten. — 67. Von Compass Schreiben. — 68. Von Sequestrationen. — 69. Von Straffen vnd Böehnfählen. — 70. Vom Landt gedenkh buech. — 71. Von Protestationen vnd Meldbriefen. — 72. Von Process in Landtmanns Einstandt. — 73. Von Iniurien, Ehrnriehrigen Inczichten vnd Schmachwordten. — 74. Von Leben Gerichten. — 75. Wie man in Crida handlungen verfahren soll. — 76. Von vnderschiedlichen Formularien der Juramenten. — 77. Von der Gerichtlichen Tax bey Vnserer N. Ö. Regierung. — 78. Von der Tax bey vnserm L. M. Gericht.

Dieses Gericht besteht aus den Landtmarschallen, Landtuntermarschallen, und den Landtrechtsbeisitzern; so wie den Landschreiber — Secretari und Kanzleipersonen.

Executions- Weysungs- Gewalts und andere gemaine täglich fürfallende sachen kann der Landmarschall allein erledigen; „wo aber etwo schwere und sehr bedenkliche Sachen fürfallen, steht demselben bevor, ein oder mehrere Beisitzer beizuziehen", und mit deren Rath die Sachen zu erörtern.

Geschlossene Verfahrungproceß sollen nicht anders als in ordentlichen Landrechten „wo nicht mit allen 8, doch wenigst neben fünff Beysitzern" die Expens und gemaine Abnützungs process wenigst neben vier Beisitzern erlediget werden.

Die Landsrechten sollen (III. Titel) in dem Landthauß wenigst zwaymal im Jahr, im Advent und nach unserer frauen Himmelfahrt gehalten, und vor sechs Wochen (wenn Causen vorhanden sind) nicht geschlossen werden.

Die Processe sollen nach der Ordnung, wie sie einlangen, erlediget werden, und wird der früher bestandene Unterschied zwischen ordinariis causis und extraordinariis aufgehoben.

Der IV. Titel enthält mehrere Specialvorschriften, auf die Jurisdiction Bezug nehmend, z. B. der Erbe soll eine vom Erblasser bei einem Gerichte bereits anhängig gemachte Sache dort auch austragen; die Wittwe bleibt unter dem Gerichtsstande ihres Mannes, bis sie ihren Stand geändert u. dergl.

Zur Gerichtsverfassung gehören auch die Advokaten und Procuratoren, wovon der 10. Titel in 22 Punkten ausführliche Vorschriften ertheilt. Ueber die Zulassung sind schon weit genauere — wenn auch im Wesen von der 1557er Proceß-Ordnung nicht verschiedene Bestimmungen gegeben, welche sich auch bis in die Mitte des achtzehnten Jahrhunderts erhielten, bis zu jenem Zeitpunkte, wo der Kampf der Regierung mit dem Schreckbilde der freien Advokatur begann, für dieselbe scheinbar siegreich endigte — um nach 100 Jahren mit Bedauern zurückzublicken, daß man sich in nimmer zu beherrschende Dinge verstieg.

Wer bei der Regierung oder dem Landmarschallgerichte vertreten wollte, der mußte sich über seine „ehrliche Geburt, herkhomben, Standt, vnd verhaltens, abscheidens von andern Orten, deßgleichen seine Geschickhligkheit, Khunst vnd erfahrenheit, wie auch das Er in vnserer Universität immatriculirt sey ein vrkhundt fürbringen" und sich

einer Prüfung unterziehen, welche betreff der Regierung durch eine Commission oder Juristenfacultät, betreff des L. M. Gericht durch den Landtschreiber („in practicis, wie bißhero gebräuchig") vorgenommen wurde. Wenn er bestand, leistete er seinen Eid und wurde aufgenommen.

Uebrigens wurden Vorschriften über Vollmacht, Schriften, rechtzeitiges Erscheinen, Sacte de quota litis ex offo Vertrettungen u. s. w. ertheilt (siehe meinen Aufsatz in der deutschen Gerichts-Zeitung Nr. 3 und 4: Die österr. Advokatur im 17. Jahrhunderte).

Frägt man nun um den Modus procedendi[2]), so fällt ein Umstand in Vergleichung mit der 1557er Proceß-Ordnung besonders auf. Während man dort in souveräner Verachtung der Mündlichkeit diese — dem römelnden Juristen unbequeme Weise gänzlich abschaffte, begegnen wir hier schon wieder den Spuren derselben, ja wir sehen, daß sie eigentlich gar nie aufgehört, und trotz Gesetz und Zeitströmung fortgelebt hatte; freilich als entarteter Sprößling der alten Zeit, angethan mit zwecklosen, die Bewegung hemmenden Gewändern, und als Stiefkind nur an den unbedeutenden Sachen theilnehmend.

Im 24. Titel „Vom Summar-Processe" wird ein Grundsatz ausgesprochen, der höchste Beachtung verdient, wenn man ihn in einem

[2]) Außer diesen handschriftlichen Proceß-Ordnungen besitzen wir seit dem 17ten Jahrhunderte keinen Versuch mehr, die disjecta membra zusammenzufassen; man begnügte sich mit Declaratorien, Hofrescripten und Ordnungen für Specialmaterien (Executions-, Appellations-, Revisions-Ordnungen zum Beispiele). Und so begegnen wir auch im 17. und 18. Jahrhunderte der sonderbaren Erscheinung, daß gerade das Herz des Reiches in legislativer Beziehung am kümmerlichsten bedacht war. Denn nichts befördert mehr die Willkür, als dieses endlich nimmermehr zu übersehende Decretwesen. Die böhmischen Länder hatten ihre Landes-Ordnungen, Stadtrechte und Novellen, und spätere ausführliche Gesetze; — die Steiermark, Kärnthen, Tirol lebten bestimmten gedruckt vorliegenden Normen nach; nur Oesterreich blieb noch lange auf den Gerichtsgebrauch angewiesen, und so ist es begreiflich, daß Suttinger noch im 18. Jahrhunderte zur Grundlage der neuen Codification dienen konnte. Denn abgesehen von einigen im Cod. Aust. aufgenommenen sogenannten Advokaten-Ordnungen, welche sich über alle Theile der Procedur verbreiten, und nur in so ferne Advokaten-Ordnungen heißen können, als eben Advokaten in allen Stadien dabei interveniren (worunter insbesondere zwei ausführlichere Edicte vom Jahre 1681 und 1700) war kein Gesammtgesetz vorhanden. Die Schriftsteller, welche schon im Beginne der neuen Legislations-Aera schrieben, z. B. Grenek, Theatrum Jurisdic. aust., Wien 1752, berufen sich nur auf Suttinger, Finsterwalder und die nachträglichen Special-Ordnungen. Dieser handschriftliche Proceß, als die letzte Basis unseres heutigen Rechtes, scheint uns daher schon deswegen eine eben so große Aufmerksamkeit zu verdienen, als so manche schwächliche Kinder der modernen Gesetzgebungskunst — die vor lauter Rücksichten da rücksichtslos wird, wo sie rücksichtsvoll sein sollte. Doch — die Wellen des Meeres spielten vom Beginne her den Schaum an das Ufer.

Rechtsbuche aus dem 17. Jahrhunderte findet. Es werden die dem Summar-Prozesse zugewiesenen Gegenstände aufgeführt, und so wie in der Proceß-Ordnung von 1557 angeordnet, daß in solchen Summarisachen nur 4 Schriften uns kurze peremtorische Fristen von 14 Tagen gestattet, und die Verabschiedung vor allen andern Causen erfolgen soll.

Das Gesetz sieht sich aber offenbar durch die bisherigen Erfahrungen genöthiget, beizufügen: „Khan man aber Mündtlich als durch ein schleinige verhör, Erforderung in die Commission-Stuben ..... ehender, alß durch den Schrifftlichen weeg auß der sachen khomen, Ligt dem Richter in alweg ob, denselben weg zu ergreiffen, welcher unter allen der schleinigste ist."

Der 23. Titel ist der Schilderung der mündlichen Verhöre gewidmet, und blickt aus jeder Zeile die Abneigung gegen dieselben und andererseits sich deren nun einmal nicht zu beseitigende Nothwendigkeit durch.

„Die Mündtlichen Verhöre seindt mehreren theils bey vnserer N. Ö. Regierung bey dem L. M. Gericht aber nicht gebräuchig, wie wir dan auch vnsere Landleuth, Wann sy bey vnsern Regierung .... zu recht stehen müessen, zu kheinen Verhöre wider ihrn Willen gezwungen haben wollen." — Ja im §. 6 wird sogar bestimmt: „Jenen Partheyen soll vnuerwährt seyn, wann sy ihr Recht durch ein schriffliche Verfahrung besser außzurichten vermainen, sich auch nach angeordneter Verhör zu einem schrifftlichen Process zuuergleichen." Als ganz von selbst verstehend hätte es vielleicht nicht nothwendig sein dürfen, die folgende Bemerkung auszusprechen, aber das Gesetz will hierüber offenbar jeden Zweifel nehmen, wenn es sagt: „Es sollen auch sonsten die verhöre nicht gemain gemacht (!) sondern allein in causis summarys vnd welche kheinen Anstandt oder schrifftlichen Process leiden .... angeordnet werden."

Man hatte übrigens ohnehin schon genug gethan, um diesen Rumpf des Mündlichkeitsprincipes zu verstümmeln; man kennt die Idee nicht mehr, welche es beherrscht, wenn man diese auf die Schriftlichkeit gepfropfte Frucht erblickt.

Also zuerst muß ein „wohlbegründetes Clagübel" überreicht werden. Dagegen wäre nichts zu sagen, so wenig wie gegen die Anwendung des Eventualprincipes, daß es mit allen Behelfen und

Zeugnissen instruirt sein muß[3]). Aber zu welchem Ende folgt gleich die drakonische Strenge „willen hernachher im Schluß khein Neuerung mehr von ihnen angenohmen wird! Um diese Mündliche Procedur zu discuriren?“ Es hätte fast den Anschein, wenn die Jahreszahl eine andere wäre!

Freilich, wenn die Gesetzgebung von dem Satze ausgeht, daß die scriptura die Basis der Entscheidung sein und bleiben müsse, — dann kann heute nichts anderes hervorkommen, als halbreife taube Nüsse von Reformen, wie im 17ten Jahrhunderte eine Concession an das verhaßte Princip in der vorliegenden Ausdehnung den Zweck nicht erfüllte und nicht erfüllen konnte.

Der Kläger hätte also weiter nichts zu thun, als die Entscheidung abzuwarten, denn die Frasen werden dem Richter keine andere Meinung beibringen, und Thatsachen, neue Beweise zu produciren war ja verboten:

„Wann nun beede Partheyen auf den vber die Erste Clag gesetzten verhörstag erscheinen, wierdt zum Ersten die vorgebrachte Clag mit allen einschlissen vnd behelffen anstatt der Ersten Red abgelesen, Und dem Cläger khein vernere Erleutterung oder Mündtliche Außfiehrung gestattet (!); hierauf thutt der beclagte sein Erste Redt vnd Anthwort, der Kläger seinen Schluß, vnd der beklagte seinen Gegenschluß, in welchen beeden letzten Reden sich die Partheyen in facto aller Neuer Einfiehrung vnd Instrumenten genzlich enthalten, auch alles daß in Obacht nehmen sollen, waß bey einem schrifftlichen Process, so mit 4 Schrifften geschlossen wierdt, geordnet ist.“

Wie man sich vor der lebendigen Rede fürchtete! Die Klage abgelesen! — Der böhmische Declamator hatte einen Sinn und gehörte

[3]) Die Allegirung der Beilagen muß von den Advokaten — aus welcher Ursache, wollen wir nicht untersuchen — nun einmal nicht befolgt worden sein. Denn schon nach der 1557er P. O. hätte es bei der ersten Klage geschehen sollen. Aber offenbar befolgte man es nicht. Denn damit war ja ein Riß in das frühere System gebracht. Auch die J. R. A. von 1654 scheint keine besondern Wirkungen gemacht zu haben, obschon die ganze Strömung der Zeit schon dafür war. Das Edikt von 1681 ordnet es wieder an. Am 15. Juni 1686 wurde wieder verfügt, daß die Vollmacht des Advokaten und die übrigen Allegata in forma probanda in der ersten Klage und vom Geklagten nach der „Berichtserledigung“ bei einem Pönfalle von 6 ℔ beizubringen seien. Am 31. Mai 1698 wurde wieder die Allegirung der Beilagen cum qualitate et tempore vorgeschrieben. Ein Dekret vom 31. August 1699 wiederholt die Bestimmung des 1681er Edikts u. s. w. Es muß einen ziemlichen Kampf gekostet haben, um der Eventualmaxime einen praktischen Eingang zu verschaffen.

zu dem Systeme des Processes — aber diese österreichische Erfindung hätte auch unterbleiben können. Zu was waren denn die Parteien und ihre Advokaten da? Ueberschritte der Kläger den Klagegrund, so wird schon die Gegenpartei reclamiren — und die Chikane träte am seltensten hier hervor, weil sie am ehesten Gefahr läuft, ertappt und am Pranger gestellt zu werden.

Es mögen diese mündlichen Verhandlungen auch in der Regel ganz unwichtige Inzidenzien betroffen und in der Mehrzahl die Natur von Vergleichsversuchen angenommen haben, wie es auch die Proceß-Ordnung im 22. Titel „Von gietigen Mitteln vnd Commissionen“ [4]) fast voraussetzt, indem ein offenbarer Zusammenhang mit dem eigentlichen „mündtlichen Verhör“ erscheint, obschon allerdings die „Erforderungen“ ganz selbstständige Acte waren. Diese hatten insbesondere das Charakteristische, daß es in der Willkür des Richters lag, sie zu veranlassen: „Wir wollen zwahr nicht, daß die Partheyen zue güettigen Commissionen gezwungen vnd genotiget werden sollen. Jedoch wann die Gerichter sehen, daß etwan ein sachen nicht gar (!) lauther, in ab vnd Gegenreittung bestehet, nicht vil antrifft vndter nahenten befreundten ist, oder sonsten ein Weiters auffsechen hat, stellen wir derselben guetbedünckhen anhaimb, ob sy die Güette Pflegen, vnd hierzue Commissiones anordnen wollen.“ Es müssen aber vielfache Verschleppungen daraus entstanden sein, denn das Gesetz fügt bei: „Doch sollen dergleichen Commissiones nicht zu verlenger: sonder verkhüerzung des Rechtens angesehen sein, vnd auf's schleinigste befürdert, auch vber 3 tagsatzungen auf's maiste, die dritte aber von denen Commissarien ohne ferner gerichtliche Auflag alzeit peremptore mit dem Anhange bestimbt, es erscheine der eine theil

[4]) „Es sollen doch die Partheyen bedenken, daß das Gericht die Commissiones nicht vergebens, sondern gemeiniglich ihnen zum besten anordnet, und daß vielmals ein dadurch erfolgender magerer Vergleich besser als ein feister Abschied ist. Es sollte auch billich ein jedweederer welcher zu einer Commission gehet: diejenigen Vers: welche in dem Palatio Mediolanensi bey der Stiegen in Marmorstein ausgehauen seynd vorhero bey sich wohl erwegen, welche also lauten:

In causam controversiis corporales inimititiae oriuntur,
Fit amissio expensarum,
Labor animi exercetur,
Corpus quotidie defatigatur,
Multa et inhonesta crimina deinde consequuntur,
Et qui saepe credunt obtinere, succumbunt,
Et, si obtinent, computatis laboribus et expensis nihil acquirunt.
(Sutt. Abb. 47.)

oder nicht, das der erscheinende mit seinen Notturfften gehört vnd alßdan die Relation vbergeben werden solle."

Wenn also nach einigen vergeblichen Vergleichstagsatzungen und nach Verstreichung der zur Verfassung des richterlichen „Guetachtens" nothwendigen Zeit die Parteien einige Monate (wenn es bei Monaten blieb) verloren hatten, denn um 4 Reden, das Erkenntniß, am Ende noch eine Berufung durchzukosten, bedurfte es — der Gründlichkeit halber — stets einer geraumen Weile, da wir Germanen ja in der Kindswiege vorsagen hören, wie tief und bedächtig weise, also gründlich überlegend unser Volks-Charakter ist, so standen sie da, wo sie vor diesen „gietigen Commissionen" waren, nämlich als Personen, die alle und jede außergerichtliche Verständigung längst von sich gewiesen, und es eben zu einem ordentlichen Erkenntnisse kommen lassen wollen. — Jahrhunderte sind inzwischen vorbeigegangen, aber wahrlich, Ihering hat Recht, im Rechtsleben dringen die Wahrheiten langsam durch. Noch hat die Erkenntniß der richtigen Natur dieser Frage erst die Spitzen der juridischen Welt vollständig durchdrungen. Bis hinab in die weiten Gefilde, wo die Einheimsung im praktischen Dienste durch die demgemäß eingerichtete Justizmaschine erfolgt — ist ein weiter Weg, auf dem viele Dornen wachsen. Vor Allem steht eine Jahrhunderte alte Aloe stets hindernd da, die Advokaten, deren Legislation eben so seltene Blüten trieb, wie jene Pflanze; der Alles könnende Staat will auch Advokat sein, wie er Porzellan macht, — warum nicht? Und mit den Scheingründen, die er dafür anführt, ist nicht zu kämpfen, denn es genügen ihm dagegen weder die Mißerfolge*), noch die Erleuchtung der wahr denkenden patriotischen ersten Männer, — welche alle nur Eine Meinung hegen und hegen können. Doch gehen wir weiter in der Uebersicht des Processes und lassen wir das eigentliche schriftliche Verfahren bei Seite — unterscheidet es sich ja weder von der Proceß-Ordnung von 1557, noch von der heutigen anders, als daß vielleicht eine Schrift mehr oder weniger, eine Frist kürzer oder länger, ein Nebenproceß gestattet oder verboten ist. Im Wesen gibt es keine eigentliche Differenz,

*) Unsere Handelskammern, diese wohlthätigen, nützlichen Institutionen, constituiren ihre Vergleichs- und Schiedsrichter-Bureaus, und stellen diese gewiß vertrauenswürdige Einrichtung dem Handels- und Gewerbestande zur kostenlosen Benützung frei. Man lese aber die Berichte der Handelskammer, was bringen sie in dieser Richtung — Klagen, daß diese Einrichtung nicht benützt wird. — So war es immer, und wird immer so sein.

und kann keine mehr geben, sobald der Richter angewiesen wird, im Geheimen über die mühsam zusammengebrachten Akten zu brüten, und die blinde Justitia um ihre Wage zu beneiden, zumal in den deutsch-österreichischen Ländern, wo man es ja Jahrhunderte lang für überflüßig hielt, die Motive der gerichtlichen Erkenntnisse hinauszugeben, wie man auch heute den nicht gerechtfertigten Gründen jener folgt, welche die Motivirung der Gesetzentwürfe als etwas Gefährliches und Ueberflüßiges erklären.

Wir wollen unsere Leser nicht mit einem Auszuge des Gesetzes quälen; wer will kann ja selbst lesen; noch ist es uns genehm, längst begrabenen Männern gegenüber, die sich nicht vertheidigen können, immer nur Kritik zu üben; man erlaube uns, einen andern Weg einzuschlagen. Wir nehmen ein Hauptthema — die Beweisfrage — heraus, mehr oder minder mit heute vergleichend.

Es ist nämlich interessant, zu sehen, wie weit die heutige Beweistheorie damals schon ausgebildet war. Das gerichtliche Geständniß steht ganz auf heutiger Grundlage. Es kann entweder durch den Principal selbst oder durch einen dazu bevollmächtigten Gewaltsträger abgelegt werden. Damit eben dessen letztere Aussage genügt, wurde im 43. Titel angeordnet, daß entweder die Schrift von der Partei selbst unterfertigt, oder aber eine Vollmacht beigeschlossen wird, „welche Alles, was der Advokat schreibt vnd einbringt, für Recht vnd genemb haltet." Ueber das außergerichtliche Geständniß kommen keine Bestimmungen vor [5]).

Der 38. Titel: „Von schrifftlichen oder Instrumenta Weißungen" gibt ganz ausführliche Vorschriften über den Urkundenbeweis. Vor Allem sind die zwei Grundsätze festzuhalten, daß die Urkunden in der Ersten Weisungsschrift angeführt und Abschriften dem Gegner wie seine Impugnationsschrift zugestellt werden sollen, — dann daß der Richter auf bloße Abschriften „oder Scarteggen" hin nicht erkennen kann, sondern daß sie in gerichts-

[5]) Desto klarere erscheinen in der Oberösterr. Landtafel im 41. Titel (Manusc. in der Just. Min. Bib. aus dem 17. Jahrhundert): „Die freiwillige Bekantnussen geschehen entweder vor Vnnd im Gericht, oder aber außer Gerichts. Wann ainer etwas außerhalb für sich selbsten frei bekendt vnnd aussagt, so gibt er Zwar ein starkhe muetmaßung wider Inn, zur Prob aber wider Inn ist es nit genug: Es seye dann sach, das er solche Bekantnus nit nur ain, sondern Zum öfftermalen vnnd zwar zue Vnnderschidlichen Orth vnnd Zeitten widerholt habe, vnnd deßen zum wenigstens durch zween Vnverdächtige Zeugen möge vberwunden werden." Es kommen noch sehr geistreiche Unterscheidungen vor, die wir hier aber anzuführen verzichten müssen.

bräuchiger Abschrift „authentisirter“ beigelegt werden müssen; nur mit Einwilligung der Parteien kann eine einfache Abschrift für authentisch gehalten werden.

Die einen vollen Beweis machenden Urkunden werden aufgezählt: Gerichtsbriefe, Meltbriefe, Executionsbewilligungen und die, welche von dem Landesfürsten oder der Obrigkeit ausgehen; die an den gewöhnlichen gerichtlichen Orten und Tafeln affigirten Edikte; die gerichtlichen Protocolle; die vor Gericht mit „Obrigkeitsfertigung“ aufgerichtete Privaturkunden[6]) (Heiratsvergleiche, Verkäufe ꝛc.) sind auch „Publica instrumenta“ (von den Notaren[7]) macht die Proceßordnung später Erwähnung); die Gewähr- und Grundbücher, doch sind nur die Bücher selbst, nicht die Extracte eigentlich beweismachend; ihnen aber keinen Vorrang einräumend: „§. 17. Die brieffliche Vrkhundten, so offene vnd geschworne Notary in vnserm Landt Österreich vnder der Ennß vnter ihrem Nahmen aufrichten vnd selbst allein verfertigen, sind bishero zum Beweiß für genugsamb nit gehalten worden; darbey wär es der Zeit nach zu beruhen lassen.“

Die Urbarbücher zum Besitzbeweis, doch nicht gegen andere rechtmäßige Eigenthumstitel.

Die Privaturkunden, selbst wenn sie neben der contrahirenden Pettschafft 3 Mannsperſonen zu Zeugenfertiger haben, erscheinen mit der Wirkung öffentlicher Instrumente, desgleichen, wenn sie in das Gedenkbuch eingetragen sind. (Uebrigens ist ein Schuldbrief, wenn er von dem Schuldner unterschrieben und mit seinem Siegel versehen ist, glaubwürdig.)

Ein carta bianca, „worinnen sonderlich kein rechte vrsach der Schult begriffen, soll vor kheinen Gericht gelten, weniger ein Execution darauf ertheilt werden“.

„Die Gemaine Hauß-verzaichnisse, Handtbiecher Zehent Steuer Register, Kalenderaufschreibungen — haben keine vollkommene

---

[6]) „Sonderlich in diesem Land Oesterreich, ubi optima consuetudine receptum est, ut hypotheca in Judicio constituatur, et ad acta publica referatur, ut fraudes evitentur et ne eadem res pluribus saepius abligetur.“ (Sutt. Abh. 72.)

[7]) Auch die Oberösterr. Landtafel ist den Notaren nicht günstig. Im 38. Titel beim Urkundenbeweise heißt es: „Sonsten aber was außer Landts auch durch Notarios vnnd fremdde Personen waß Standts vnnd ansehens die auch seyen transumirt, vnnd vidimirt worden, das hat bei diesem Gericht ohne das Original gar kein Crafft, es solle auch darauf nit erkhant werden, Inmaßen von Alter Herkhommen.“

weisung auf sich." Was die Wirkung anbelangt, so gilt der Grundsatz, daß sie gegenüber beider Parteien in der Regel gleich ist. „§. 23. Ein Jede fürgebrachte briefflich vrkhundt soll vnverschaidentliche würkhung haben, vnd nit allein in dem so für den producirenden, sondern auch, was wider ihm ist, genugsamb beweisen." Uebrigens findet sich auch schon der heutige Grundsatz, daß eine scriptura propria niemals für den Schreiber, wohl aber gegen denselben beweise.

Eine besondere — im gewöhnlichen Leben noch theilweise gebräuchliche Beweisesart führt der 42. Titel auf: „Von außgeschnittenen oder Spanzetln, vnd Kerbhölzer oder Rabischen," welche stofflich und processualisch interessant ist. „Es werden mehrmals vnd sonderlich vnder gemainen Leuthen außgeschnittene Zetl etwa vnderschrieben, deßgleichen Rabisch, da der eine Theil den stokh, der ander den einsatz behelt, aufgericht, wan dan ein thail darauf Claget, vnd der ander der Forderung nit geständig mag Cläger begehren die gegen Zetel oder gegen Rabisch fürzubringen, vnd solches ist beklagter zu thuen schuldig; werden dann beede gleich befunden, so soll es zu volkhombenen beweiß genugsamb sein, darauf auch zu recht erkhent werden. Wolte aber der ander theil der ganzen Zetl oder aber des gegen Rabisch nit geständig sein, so solle der Richter erwegen, welche Parthey Ihres weesens vnd wandlß halben mehrers Zu glauben oder welche Ihres fürgebens halber mehrer behelff vnd störkhern vermuettungen für sich habe, der mag dan zu vollkhommenen beweiß durch rechtliche erkhandtnus der Aydt auferlegt werden, wer aber die Zetel, so fürgebracht würdt, von beeden Contrahirenden Partheyen aigenhendig vnderschriben, ob sich dann gleich der gegenwechsel nit finden wollte, oder gar verlohrn wern, solle doch der fürgelegten Zetl vollkhommener glauben gegeben werden."

Die Bücher der Kaufleute, Apotheker, haben eine Beweiskraft, so wie nach unserer Josef. Gerichtsordnung nur mit dem Unterschiede, daß eine 10jährige Frist zur Verjährung dieser Beweiskraft lauft. Wenn also die Bücher ordentlich geführt werden, so kann der hinzukommende körperliche Eid ihre Angaben vollkommen erweisen (46. Titel).

Das Gesetz nennt den Zeugenbeweis die Hauptweisung, und nicht mit Unrecht, zumal noch zu seiner Zeit, wo doch die Urkunden, trotz ihrer schon fortgeschrittenen Entwickelung, in der Mehrzahl von Fällen mangelten.

Der 33. Titel spricht sich auch im Beginne so aus: „Die Beweisung durch lebendige Zeugen ist fast die gemainste vnd feindt alle vnd jede für Zeugen tauglich zu achten, auch zulassen, denen solches nit absonderlich, wie hernach folget, verwöhrt und abgestrikht ist“ [8]).

Das Gesetz kennt schon die Gliederung der verwerflichen — und zwar auch der absolut und relativ verwerflichen und der bedenklichen Zeugen, wenn diese Eintheilung auch nicht ausgesprochen ist. Zu den erstern werden gerechnet — Verbrecher, d. h. „welche wegen in Malefizsachen vnzicht auf sich haben, vnd in der Purgation stehen — deßglaichen auch die verlaimbte vnd vntichtige Personen, alß Mainaidige oder welche zuvor falsche Zeugnus gegeben“ — die sich zum Zeugniß bestechen lassen; die ihres Amtes mit „vnEhre“ entsetzt sind, unvogtbare — und Personen, denen die Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist.

Relativ verwerflich erscheinen die Advokaten in Sachen für ihren Principal — Richter in Fällen, wo sie als solche thätig waren, Prälaten und Geistliche in Streitigkeiten ihrer Klöster und Kirchen, Juden wider einen Christen, die Geschwister in einigen Fällen, Diener vor der Entlassung.

Auf Einwendung des Gegentheils nicht zuzulassen werden ähnlich wie im englischen Processe aufgeführt, der Zeugenführer selbst. Die interessante Stelle lautet: .... „Solle sich kheiner zu bestätigung seiner Weisartikel selbsten zu einen Zeugen benennen, es wollte dann sein Gegner Jhme guetwillig darzu khommen lassen, vnd hette der Richter oder jemandt anders darwider khein erhebliche bedenkhen, da aber der weiser oder gegenweißungsführer Jhme selbst fürstellete, Jst derselbe ohne Waigerung vber die eingebrachte Weißartikel seine Auffage zu thuen schuldig.“ Die verschwägerten Personen, Ehegatten, Gesellschaftsge-

[8]) Besonders deutlich spricht sich die oberösterreichische Landtafel im 36sten Titel aus: „Obwohl die Weißungen nit auff ainerlay weiß, sonder nach gelegenheit ainer vnd der andern sach auf vilerley weiß volfüert mögen werden, Alß 1. mit lebendigen Personen, 2. mit briefflichen Urkunden, 3. mit deß gegenthails aigenen bekhantnuß, 4. mit dem Augenschein, 5. durch Aydtschwur, 6. mit rechtmäßigen Vermuthungen; So ist doch die fürnembste vnnd gemainste weißung, welche durch Lebendige Zeugen geschieht. Alß die im rechten auch so hoch angesehen, daß ain fürgeschüzter Zeug (ausgenommen etlicher gewissen Fäll, derentwegen sich bey den Rechtsgelehrten zu erkundigen) auch wider seinen willen Zeugschafft Zugeben schuldig ....“

wissen, Advokaten in Sachen anderer Parteien, wenn auch für den Principalen, 2c.

Nebstbei sind noch eine ganze Reihe von Verhältnissen namhaft gemacht, welche man später in dem Satze ganz richtig zusammengefaßt hat: „Wer von der Aussage oder dem Ausgange des Processes mittelbar oder unmittelbar Schaden oder Vortheil zu gewärtigen hat.“ In dieser Proceßordnung erscheinen sie noch specialisirt, und dadurch eben offenbar unvollständig.

Die ganzen Vorschriften werden aber durch eine kurze Bestimmung am Schlusse des Titels auf das zurückgeführt, was sie im Grunde sind, und der Natur der Sache nach sein können, gute Lehren für den Richter, wie er nach dem Laufe der Welt und der Erfahrung des Lebens die Aussagen der verschiedenen Personen für glaubwürdig oder minder, oder gar nicht zu halten habe. Diese Stelle sagt: „Alle obbemelte Personen, welche auß erzehlten, sondern vrsachen zu denen zeugnussen nit tauglich, sollen zu steuer der Wahrheit auf dem fahl zugelassen werden, wan andere Rechtmessige Zeugspersohnen nit vorhanden, noch auß Mangel fürgestellt werden mögen, doch die Maleficischen vndichtigen Mainaydige vnd bestochene Zeugen außgeschlossen.“

Im 45. Titel: „Von denen Einreden wider die Zeugen und deren Aussag“ [9]) scheint zwar eine Bestimmung dieser Stelle zu widersprechen, aber eine genauere Vergleichung läßt beide ganz gut neben einander bestehen. Wir stellen auch nur den Wortlaut hier bei, ohne den offen liegenden Gedanken auszuführen.

Es kann also nach der Eröffnung der Weisung die Einrede gegen den Zeugen eingebracht werden; „Jedoch“ lautet der §. 2 „wann des Zeugen vntaugentlichkeit dermassen offenbahr vnd wissentlich wahr, das sie einiger erleutterung nit bedürffte, auch an ihr selbst also beschaffen, daß sein Aussage, wie die Gleich sein würde, gar nicht gelten mechte, alß man sich einer in seiner aigenen sachen selbst, oder vnuogtbahre, Maleficische, Corrumpirte,

[9]) Die oberösterreichische Landtafel führt 13 Punkte specialisirt an, welche Gründe zu Einwendungen gegen die Zeugen und deren Aussagen geben können. Wir können nicht umhin, zu bemerken, daß gerade dieses Rechtsbuch durch eine Reihe von trefflichen Bestimmungen sich noch von den niederösterreichischen Formen unterscheidet, und durch die ausgezeichnete Redaction die besondere Aufmerksamkeit jedes Oberösterreichers, aber auch jedes Juristen überhaupt, verdient. Existirt eine Ausgabe? Wir kennen keine. Die Käufe im 12. Jahrhunderte sind ja wichtiger, als die mit heute unmittelbar zusammenhängenden Denkmäler.

Maynaydige, offentlich verleimbte vnd dergleichen Personen, die vor Gericht gar keinen standt haben, zu Zeugen fürstellete, darwider mag die Gegenparthey alsbalden excipirn, welche in solchen fahl zu verhiettung vnnothwendigen Aydtschwörens alsobaldt ausgeschlossen vnd zur Verhör nit gelassen werden sollen."

Daß übrigens die Doppelzahl von Zeugen zur Erweisung nothwendig war, geht aus §. 4 hervor, der übrigens ganz entsprechende Vorschriften ertheilt. „Ein ainzlicher Zeuge gült auch allein nichts: so erweiset auch eines Zeugen auffsagen nicht, wan Er von andern Dingen als Er gefragt worden, geanthwortet; Item wan sein sage dunkhel, Irrig, vnd verwirtt, Zweiflich vnuerstendig, an vnderschidlichen Orthen ihr selbst vngleich vnd widerwerttig ist, vnd waß dergleichen Mangel mehr seindt, wardurch eines Zeugen Aussag mehr oder weniger geschwecht wirdt."

Ueber die Form der Abhörung haben wir nichts zu bemerken, denn wir müßten eine zu scharfe Kritik üben; und da die heutigen Vorschriften sich davon nicht im geringsten unterscheiden, so träfe die Satyre unwillkürlich die Gegenwart, auf die wir überhaupt, in der unpraktischen (!) Vergangenheit vertieft, kaum denken.

Nur Eines seither eingetretenen Fortschrittes müssen wir gedenken — die Vermeidung von Abhörung von Zeugen über Thatsachen, welche vielleicht gar keine Relevanz haben können. Ohne nothwendiges Interlocut gibt es keine Ordnung der Beweis-Instanz — heute zweifelt Niemand mehr darüber. Man braucht deswegen nicht wieder zum Extrem zu greifen uud den Richter in seinen eigenen vorbereitenden Dekreten — nehmen sie auch die Form von appellationsfähigen Zwischenurtheilen an — wie den Fischer in seinem Netze zu verstricken. Der Richter soll die Wahrheit aus dem oft trüben Wasser der Partei-Angaben fischen — auf dem halben Wege aber darf er nicht sich selbst präjudiciren —, nichts ist definitiv, unanfechtbar, maßgebend für ihn, als — die letzte Conclutio, die er aus allen Theilen der präparatorischen Procedur und aus dem Resultate der Probation zieht. Dort erst spricht die — in der Idee als unfehlbar anzunehmende Richterweisheit, und nur dieser Ausspruch muß für ihn auch bindend sein.

Der Beweis durch Kunstverständige wird im 41. Titel behandelt: „Von der Weisung, welche durch Einnembung des Augenscheins geführt würdt;" eben so gibt der 44. Titel ziemlich ausführ-

liche Vorschriften über den Beweis zum ewigen Gedächtnisse, welche beiden Thema sich nicht wesentlich von den heutigen unterscheiden und auch nicht leicht unterscheiden können.

Dagegen bietet der 47. Titel: „Von gerichtlichen Willkührlichen Aydten" Anlaß zu mehrfachen Bemerkungen.

Vorerst scheint uns die Stylisirung des §. 1 wegen ihrer aufrichtigen Naivetät bemerkenswerth. „Es solle sich kein Clager zu Darthuung seiner Clag, noch der beclagte Zu entschittung des Clagers Aussprüch eines gerichtlichen Aydts selbst anbiethen, dan solches verdächtlich, darumb er auch unzuläßig, aber ein theil mag wohl dem andern die sachen, auf sein Aydt vnd gewissen lassen ..... so weit dann Clager dem beklagten den Aydtschwur anbiettet, stehet ihme beclagten beuor, entweder solches anzunemben, vnd den Aydt abzulegen, oder aber den Clager wider haimbzugeben, in welchem fahl der Clager alßdan vnuerweißlich schwören mag, vnd da er gleich für sich, vnd in sein peutl schwört, behaubt er danach sein Clag in massen auch beclagter, wan er selbst den zuegemutheten Aydt laistet, sich dardurch der Clag so weit ledig macht, vnd hernach weiter nit zu fragen ist, ob er recht geschworn habe oder nicht."

Die Natur eines Vergleiches, welche dieser Eid an sich trägt, charakterisirt sich in der Bestimmung des §. 16, daß ein Erkenntniß, welches auf Grund eines solchen Eides gefällt wurde, nicht umgestoßen werden kann, obschon nach beschehenem Urtheile neue briefliche Urkunden vorkommen (nur beim Testamente bleibt eine Ausnahme), das heißt civilrechtlich, strafrechtlich wurde die Sache allerdings ausgeglichen. „Wenn eine Parthey in solchen Wilkhürlichen vnd gerichtlichen Aydten einen Mainaydt begangen, vnd derselb genueg erwiesen, solle sie nach Gelegenheit aller Umständt gestrafft, vnd die Zuegesprochene sachen von derselben wieder abgefordert, auch dem gegner zugestellt werden."

Der Calumnatseid, dieses religiös-processuale Zauberstäbchen, dem leider nur der Zauber abhanden gekommen, flunkerte auch in dieser Partie. Der Cläger soll nämlich auf Begehren des Geklagten vorher noch einen Eid ablegen, daß er dem Geklagten den (Haupt-) Eid nicht gefährlicher weiß (!) dargeboten habe. Welch' zarte Gewissen vorausgesetzt werden in einem Zeitraume, wo der Hexenhammer die Welt erleuchten sollte!

Das Institut des Erfüllungseides ist vollkommen ausgebildet; er wird auch als ein nothwendiger dem willkürlichen Eide entgegengestellt. In drei Fällen insbesondere wird er auferlegt. Wenn nur 1 Zeuge vorhanden, bei den Handelsbüchern, bei Rechnungen der Curatoren und Gerhaben über nicht belegte Posten. „Es solle aber zu Gerichts Discretion vnd Beschaidenheit stehen, wan vnd welcher Parthey solcher Aydt sicherlich aufzulegen." Die Folgen sind auch verschieden von dem ordentlichen Eide. „Den nach solchem gethanen Aydt stehet der verlustigten Parthey vnuerhindert desselben gleichwohl, bei vorgefundenen neuen brieflichen vrkhundten selbe zu Gericht zu bringen, vnd darauf nochmahlen Erkhandtnus zu begehrn, doch solle dieselbe Parthei zuvor einen Aydt für Gefährde thuen, daß sie Nemblich umb solche brieff Zuvor khein wissen gehabt, sondern selbige erst nach dem in der Hauptsach gelaisten Juramont bekhomben."

„Vermuthungen, die nicht im Gesetze gegründet sind, befreien nicht von der Last des Beweises. Doch kann die Wahrheit einer Behauptung oder eines verneinenden Satzes auch mittelbar durch eine richtige Schlußfolgerung aus vollständig erwiesenen Thatsachen dargethan werden." Diese Bestimmung enthält der §. 106 der sogenannten ungarischen Proceß-Ordnung.

Mit anderen Worten sagt unsere Landtafel dasselbe, nur individualisirt sie, und räumt diesem Medium des Beweises auch einen Platz in ihren Proceßvorschriften ein.

Sie unterscheidet dreierlei Vermuthungen: Praesumtiones juris et de jure (wovor ich — wie ein älterer Processualist richtig bemerkt — keinen passenden deutschen Ausdruck habe, so schwer hält es, etwas zu übersetzen, worin kein wahrer Sinn liegt) oder necessaria, „welche aller nattürlichen Vernunft nach gleichsamb Nottwendig .... vnd mit Nahmen in Rechten gegründet sind."

„Die praesumtiones juris werden juris seu probabiles genannt, sint glaubwürdige auß dem gemainen lauff vnd erfahrung genohmen, auch in Rechten gegründet, Jedoch nit nothwendig wie die vorhergehenten. Sintemahlen Nattürlicherweiß die Sach auch wohl anders, als der gemaine Lauff und erfahrung gibt. Kan beschaffen sein, als das ein Schuldtbrief, wann ein Strich, oder Riß dardurch gemacht ist, bezahlt sey, oder das ein Weib, was sy in wehrenter Ehe gewohnen, solches mit ihres Mannes Guelt erobert hat, ist zwar vermuetlich, aber doch also, daß Es auch wohl anders in Grund vnd Wahrheit

sein kann, dahero den Jenigen, wider welchen solche vermuthungen lauffen, seine gegenweisung in allweg beuor stehen solle."

Die Praesumtiones hominis, welche im Gesetze nicht gegründet sind, wie wir heute sagen, oder wie man damas sich ausdrückte, „gemaine Muethmassungen, die keinen Aigentlichen Grundt in Rechten haben, sondern allein auf des Menschen Argwohn beruehen", machen keine **Beweisung**. Beispielsweise wird angeführt, „Als daß einer, der vngebührlicher sachen öffentlich bezüchtiget nit beclaget, oder sich Purgiret, würdt in verdacht; ingleichen als der welcher in Rechtsführungen saumbig vnd vnnothwendige Aufzug machet, eine böse Sachen habe und dergleichen." Kaum glaublich! Es soll auch darauf nicht erkannt werden, meint die Proceß-Ordnung, fügt aber gleichzeitig bei: „Jedoch wan derselben mehr als eine, sonderlich wan auch andere vmbständt der sache mit vnterlauffen, so solle dem jenigen, wider welchen solche Vermuethungen vorhanden, die weisung aufgetrungen werden."

Ist es doch nichts anderes, als eine Abzweigung derselben Idee, welche die Beweisesmethode, durch Zusammentreffen der Umstände, im Strafverfahren erfand, und sich selbst überhebend den ewig freien Kindern des Geistes, den Gedanken — also auch dem richterlichen Urtheile Zwang anlegen wollte. Es ist kein gemeines Verbrechen; gewiß, die Größe der Absicht gewährt Verzeihung für das viele Unheil, was diese Theorie durch Jahrhunderte angerichtet; die ohnehin zum Formalismus geneigte Juristenwelt durchzog kein lebender Athem der freien Gottes-Natur, ohne daß das befohlene und legale Windchen nicht registriret und im Schema der gefesselten gemachten Wahrheit aufgezeichnet worden wäre! Vom „Rechte" in der Form allein ausgehend, hielt am Ende der in dieselbe eingepferchte Juristengeist das Alles als nicht vorhanden, was außer der Form existirte. Es mußte der brausende Sturmwind, beflügelt mit den philosophischen Kräften des vorigen Jahrhunderts, über Europa kommen, bis sich die starre Masse in Bewegung zu setzen begann — und der heutige Blick erfreut schon ringsum das Auge. Ringsum ertönen die Huldigungen der natürlichen Gesetze — nicht blos der Ironie derselben — des Naturrechtes ad usum delfini — und die Juristen sind es, welche die Schranken ihres Formaltempels durchbrechen, die ewige Natur des Menschen als die erste Basis jedes Rechtes und jeder Gesetzgebung ansehen. Glück auf! wir kommen zum Ziele! So wie die öffentliche Mündlichkeit — mit allen ihren Consequenzen noch unsere Generation er-

heben wird (wir glauben daran mit jener Zuversicht, die eine sich selbst mühevoll errungene Ueberzeugung gibt) und die Richter nicht mehr zu arithmetischen Formeln statt zu der Ueberzeugung gerechter Männer greifen werden, eben so wird das Bedürfniß nach einer andern Bildung als der bei dem schriftlichen Verfahren hinlänglichen alle Organe der Rechtspflege durchziehen. Ist aber nur einmal diese geweckt und die mehr oder minder häufig vorhandene Lethargie der Advokaten und Richterwelt im Kampfe mit den erhöheten Anforderungen der die höchsten Ziele fördernden Form der Gerechtigkeit beseitiget — dann ist auch der historische Sinn erwacht, und wie Frankreich mitten aus seinen Advokaten und Richtern die Männer entsendet, welche die Verbesserungen der Zukunft in der Durchforschung der Vergangenheit am besten anzubahnen meinen, eben so wird es auch bei uns in Oesterreich an Männern nicht fehlen, welche die immer größer uns anstarrende Kluft zwischen Theorie und Praxis auszufüllen bestrebt sein werden.

Haben wir mit unserer Skizzirung vielleicht einen oder den andern unserer Leser veranlaßt, die Quellen selbst zur Hand zu nehmen, und wäre es nur — um uns zu kritisiren, wir wären sehr erfreut darüber. Ja, gerne geben wir unsere Person preis, wenn wir dadurch nur beitragen, in unserem Vaterlande jene Epoche vorbereiten zu helfen, wo es mit nicht minderm Stolz und nicht geringerer Liebe auf seine Justizeinrichtungen aufblicken wird, die andere fortgeschrittene Länder schon längst zu besitzen so glücklich sind.

XI.

Iſt in Bezug auf die Conceſſionirung, auf die Zinſengarantie und Amortiſationsprämie das Bedürfniß eines neuen Eiſenbahnrechtes erſtanden?

Vom Herrn Dr. S., Mitgliede der Handelsgeſetz-Konferenz.

I.

Wie entſteht — durch Eiſenbahnen — das Bedürfniß nach neuen Rechts- und anderen ſtaatlichen Geſetzen, nach neuen Verwaltungs-Maximen und Einrichtungen? Wie entſteht in der durch Eiſenbahnen betroffenen — hier von mir ausſchließlich berückſichtigten — Sphäre des bürgerlichen und peinlichen Rechtes, des Handels- und des Finanzrechtes, der Handels- und der Finanzpolitik ein ſolches Bedürfniß? Zunächſt durch die Erkenntniß, durch die zum allgemeinen Bewußtſein gekommene Erkenntniß, daß die legislative Gewalt oder die Verwaltung einſchreiten müſſe zur Abwendung gemeinſchädlicher Nachtheile oder zur Erzielung gemeinnütziger Zwecke. Dieſe Erkenntniß kann entſpringen aus einer ſchärferen Beobachtung, genaueren Kenntniß von unverändert gebliebenen thatſächlichen Verhältniſſen und ihren Wirkungen oder Einflüßen auf die Geſellſchaft oder aus eben ſolchen Wirkungen und Einflüßen neuer thatſächlicher Verhältniſſe, einſchließlich einer neuen Richtung des geiſtigen und Seelenlebens des Volkes. Wo dieſe Richtung, wo die thatſächlichen Verhältniſſe, wo z. B. Boden und Klima, Produktion und Konſumtion, Verkehr und Sitten, geſelliges und geſchäftliches Leben, Wiſſenſchaft, Kunſt und Technik Jahrhunderte hindurch ſich nahezu gleich bleiben, wird das Bedürfniß an ſolchen

staatlichen Gesetzen und Verwaltungs-Maximen ein geringes sein. Hieraus erklärt sich die geringe Veränderung in der einschlägigen Gesetzgebung und Verwaltung vieler Völker des Orientes, namentlich auch der Chinesen und Hindostaner. Wo immer aber, und sei es auch anscheinend nur, durch die Zunahme der Bevölkerung, durch Veränderungen im Besitze und Erwerbe, durch das auch in die untersten Schichten des Volkes gedrungene Bewußtsein ihrer Menschenrechte, oder wo sonst die äußeren thatsächlichen Verhältnisse, Kultur und Gesittung sich ändern, die bishin dünn angesäete, zerstreut lebende Bevölkerung durch Zuwachs in mannigfache Berührungen und Reibungen geräth, wo der einzelne Mensch oder die einzelne Familie ringen und kämpfen muß mit der Natur oder mit Nachbarn zur Gewinnung des Lebensunterhaltes, wo der Erwerbsbetrieb aufgestachelt wird, neue Lebensbedürfnisse auftreten, neue Gefahren für die Gesellschaft, neue Wünsche und Triebe erstehen, wo der Mißbrauch oder die rücksichtslose Ausbeutung einer privatlichen Macht von solchen Rechten und Befugnissen, günstigen Conjuncturen und Seltenheits-Verhältnissen, ja selbst wo der correcte Gebrauch von ursprünglich wohlthätigen, später gemeinschädlich gewordenen oder erachteten privatlichen Machts- und Rechts-Verhältnissen (z. B. mancher ehemaliger Handelsmonopolien, Feudalrechte) den Staatszwecken, der Humanität (Leibeigenschaft, Sclaverei) widerstreben, da taucht mit der Erkenntniß der Veränderung in der Außenwelt oder der geistigen Richtung und der Anschauungen auch die Erkenntniß auf, daß die neue Zeit auch für die neuen Verhältnisse und Bedürfnisse Vorsorge treffen müsse. Das früher Bestandene besteht nun eben nicht mehr, und nicht unruhige oder neuerungssüchtige Köpfe sind es, welche sodann neue staatliche Gesetze und Einrichtungen wünschen, die alten für überlebte, also nicht mehr bestehende Verhältnisse bestimmten und für ihre Zeit vielleicht sehr weisen Gesetze und Einrichtungen auf legalem Wege beseitigen oder ändern wollen. Auch in der organischen und unorganischen Natur bringen veränderte Boden- und klimatische Verhältnisse eine Umgestaltung hervor, gar manches Gewesene stirbt ab, neue Wesen oder Verbindungen erstehen oder bilden sich. Wer aber die Vergangenheit deshalb tadelt, weil sie nicht Gegenwart ist, weil sie nur für ihre Zeit sorgte, der versteht sie eben nicht, hat keine Idee von dem Bildungsgange, von der Entwickelung des Menschengeschlechtes und fordert seine Nachkommen auf zu noch schärferem Tadel seines eigenen Thuns. Niemand wirft seinen Ahnen vor, daß sie rücksichtlich des Gebrauches von Giften, die damals noch nicht als Gifte erkannt waren, rücksicht-

lich des Gebrauches von vormals unbekannten, wissenschaftlichen oder technischen Erfindungen und Entdeckungen keine sicherheitspolizeiliche Vorsorge getroffen haben.

Als noch keine öffentlichen Eisenbahnen bestanden, ja selbst zur Zeit, als das durch dieselben vermittelte Frachtgeschäft noch unbedeutend war, ingleichen in so lange oder dort, wo die Eisenbahn-Verwaltungen die berechtigten Anforderungen des Publikums und insbesondere auch des Handelsstandes an mehr minder monopolistisch gestellte öffentliche Transport-Anstalten befriedigt hatten, genügten die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes oder des speciellen Handelsrechtes über die Rechte und Pflichten der Frächter. Es bestand kein Bedürfniß, dem freien Uebereinkommen zwischen dem Frächter und dem Publikum von Gesetzeswegen Schranken zu setzen. Als jedoch die Eisenbahnen mehr und mehr ausschließlich den Transport vermittelten und das Publikum durch die Reglements mehr als einer Eisenbahn-Verwaltung in seinen berechtigten Interessen und Anforderungen an öffentliche Transport-Anstalten sich gefährdet fand, wurde der Ruf nach solchen gesetzlichen Beschränkungen immer lauter, welche eine gemeinschädliche Ausnützung der monopolistischen Stellung der Eisenbahnen angemessene Schranken setzen sollten. Die Sitzungs-Protokolle der Nürnberger Handelsgesetz-Konferenz, welcher mehr als eine solche Schranken bevorwortende Denk- und andere Schrift zugekommen war, geben Zeugniß von den Motiven der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über das Frachtgeschäft der Eisenbahnen. In diesen Bestimmungen selbst liegt, wenn gleich ohne ausdrückliche Angabe ihrer Motive, der Abklatsch der Absicht, dem Erwerbtriebe der Eisenbahngesellschaften solche Schranken zu setzen. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob diese gesetzlichen Schranken wirklich genügen, oder ob dieselben aus den in den Sitzungsprotokollen bezeichneten, von der einen oder der andern Seite geltend gemachten Gründen noch weiter gehende anzureihen gewesen wären. Aber die Frage dringt sich gewissermaßen von selbst auf, ob das auf dem eben bezeichneten Gebiete des Privatrechtes erstandene und durch das Handelsgesetzbuch jedenfalls zum größten Theile befriedigte Bedürfniß eines neuen sogenannten Eisenbahnrechtes das einzige, durch die Eisenbahnen erstandene rechtslegislative Bedürfniß war, ob daher nicht auch auf dem Gebiete der Eisenbahn-Concessionirung so wie der staatlichen Zinsengarantie und Amortisationsprämie ein ebenfalls der Befriedigung dringend entgegensehendes Bedürfniß erstanden ist? Sollte die Wissenschaft diese Frage bejahen müssen, so hätte

sie die Aufgabe, das Maß und den Umfang dieses Bedürfnisses darzulegen und die Mittel zu dessen Befriedigung anzudeuten. Je häufiger aber die Wissenschaft hiebei das Materiale für ihre Forschungen, Thatsachen, Normen und Uebungen entnimmt, welche auf dem größeren Theile des europäischen Continentes unter Zustimmung der Regierungen, Parlamente und der meisten übrigen Träger der öffentlichen Meinung seit Jahren bestehen, desto begreiflicher wird es der Leser finden, wenn ich schon deshalb, weil Bestandenes oder Bestehendes zur Zeit ihrer Geburt überhaupt oder in Folge ausnahmsweiser Verhältnisse gut gewesen sein mag, ohne jegliche Kritisirung, lediglich für die Zukunft allgemeinere Regeln suche. Vielleicht erblickt der Leser in nachstehenden Betrachtungen einen Ariadne's-Faden für diese Regeln. — Insbesondere derjenige Staat, welcher den Bau gemeinnütziger neuer Eisenbahnen dringend wünschen muß und nicht in der Lage ist, selbst Eisenbahnen zu bauen, wird sich z. B. nicht allein aus wirthschaftlichen Gründen die Frage stellen müssen: Welche Concessions-Befugnisse, welche Zinsengarantien und Amortisationsprämien darf ich bewilligen, ohne gegen die Cautelar-Jurisprudenz, gegen die Eingehung eines Löwen-Vertrages (pactum leoninum), gegen die römisch-rechtlichen guten Sitten (bonos mores) zu verstoßen, ohne zu schon voraussichtlichen, künftigen Rechtsstreitigkeiten oder Rechtszweifeln Anlaß zu geben, ohne gegen die vertheilende Gerechtigkeit, gegen jene, auch juridischen Rücksichten zu verstoßen, deren volle Beachtung auch bei Steuerbelastungen der Verfasser eines jüngst erschienenen sehr beachtenswerthen Finanzwerkes mit vollem Rechte als Postulat des Finanzrechtes empfiehlt. Dürfte z. B. der Staat die Stipulation solcher von den Concessions-Bewerbern als Unternehmergewinn beanspruchten Vortheile, oder aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft zu bezahlenden Geldsummen gestatten, welche schon vermöge ihrer Höhe oder vermöge des Umstandes, daß diese Geldsummen zu einer Zeit der Unternehmung entzogen werden, wo (wie beim Beginne des Baues und Betriebes) dieselben am dringendsten nothwendig sind, oder wodurch die berechtigten Interessen der Aktienbesitzer die künftige Baulust, das wohlbegründete Interesse des Staates, daß der Kurswerth der Aktien später nicht in Folge zu großer Gewinne der Concessions-Erwerber beträchtlich sinke und dadurch große Kapitalienverluste, Vermögenszerrüttungen, deren bekannte, wirthschaftliche, ethische und humanitäre Kalamitäten entstehen könnten, sichtlich gefährdet wären? Dürfte der Staat mit offenem Visir gestatten, daß eine Eisenbahngesellschaft durch zu hohe Unternehmungsgewinne, welche sie den Con-

cessions-Bewerbern zugesteht, durch Tantiemen oder Besoldungen der Verwaltungsräthe und Bahnbediensteten nicht allein jene Interessen gefährde, sondern auch die Garantielast des Staates in Concreto mehr minder von ihrem Gebahren abhängig mache? Dürfte der Staat z. B. eine solche Zinsengarantie übernehmen, wornach er in dem einen oder anderen Jahre lediglich aus dem Grunde einen Zinsenzuschuß zu leisten hätte, weil die Eisenbahn-Gesellschaft ihren Verwaltungsräthen und Direktoren für deren Leistungen die höchsten staatlichen und privatlichen Besoldungen weit überschreitende Honorare, ökonomisch irrend, verabfolgt? Dürfen daher solche Honorare unbedingt von jenem Reinertrage in Abzug gebracht werden, welchen der Staat garantirt? Darf der Staat, ohne Anlaß zu Rechtszweifeln zugeben, Amortisationsprämien bewilligen, bei welchen es unberechenbar ist, welches Kapital sie eigentlich amortisiren? Ist der vom Staate als Entgelt für die Concessions-Ertheilung bedungene unentgeltliche Eigenthums-Uebergang des Bahnkörpers (beim Erlöschen der Concession) ein wirkliches Entgelt, wenn der Staat das ganze Bau- und Anlage-Kapital ohnehin durch eine besondere staatliche Amortisationsprämie amortisirt? — Darf der Staat, welcher behufs Verwohlfeilerung der Fracht und Beförderung des Verkehres zu Eisenbahnen eine Concession mit dem Verbote von Parallel-Bahnen, ja selbst unter angemessener Zinsen-Garantie ertheilt, jedem Einfluße auf die jeweiligen Tarifssätze ungeachtet dessen entsagen, daß der Vortheil der Eisenbahn-Gesellschaft keineswegs stets zu solchen Tarifssätzen auffordert, welche jeweilig staatlich erwünschlich, national-ökonomisch gerechtfertiget wären? Oder genügt bei der Wandelbarkeit — auch der Frachtpreise — das staatliche Befugniß, jede Erhöhung der ursprünglichen Tarifssätze zu versagen oder eine Herabsetzung derselben im Falle gewisser hoher Eisenbahn-Erträgnisse anzuordnen? —

II.

Sollten die vorstehenden Fragen einigen Anlaß zur Behauptung geben: Erstanden ist hie und da das Bedürfniß eines neuen Rechtes, eines neuen Eisenbahnrechtes? Es harrt zwar — wegen seiner dermaligen Vereinzelung — gegenwärtig vielleicht noch keines solchen Geburtshelfers, wie er für das Handelsrecht in der Handelsgesetz-Conferenz erwachsen, welche die mehr minder klar oder instinctiv zum Bewußtsein des Volkes, der Kaufleute, der Richter, der Rechtslehrer und der Verwaltungsmänner getretenen Bedürfnisse des Verkehres durch Rechts-

Institute und Bestimmungen zu befriedigen gesucht, welche zwar in den ewigen Ideen des Rechtes ihre letzte Grundlage, in den Rechtsgesetzen alter und neuer Zeit reichhaltige Quellen gefunden hatten, aber dennoch bekanntlich in mehr als einer Materie, und namentlich auch in der das Frachtgeschäft durch Eisenbahnen betreffenden Sphäre ein neues Recht geschaffen hat. Aber gleichviel, ob bereits ein dringenderes Bedürfniß besteht für ein gemeinsames deutsches Eisenbahn-Concessions-Gesetz, irre ich in der Behauptung, daß die Wissenschaft diesem Thema bisher viel zu geringe Beachtung geschenkt, daß sie die für die Concessions-Bedingungen, Zinsengarantien und Amortisationsprämien leitenden, also maßgebenden Gesichtspunkte noch viel zu wenig beleuchtet, der praktischen Staatskunst noch viel zu wenig vorgearbeitet habe? Daß keineswegs blos in Oesterreich die neueste Zeit sowohl der Modification der heimischen Concessions-Gesetze das Wort geredet, sondern auch den Beweis geliefert, daß das Thema der staatlichen Zinsengarantie und Amortisationsprämie überhaupt und namentlich auch in Bezug auf Eisenbahnen von mehr als einem juridischen und wirthschaftlichen Halbdunkel beschattet sei? Ich will demnächst versuchen, das eben erwähnte Thema ausführlicher zu besprechen und mich für heute mit dem Ausdrucke der Hoffnung begnügen, daß es mir vielleicht gelingen dürfte, da oder dort einen begründeten Zweifel anzuregen über die Richtigkeit einiger einschlägiger publicistischer Anschauungen, so wie über die ausnahmslose künftige Anwendbarkeit, resp. über die fortanige Zweckmäßigkeit einiger wesentlicher Bestimmungen der bisherigen Concessionirungen, Garantie- und Amortisations-Bewilligungen inner- und außerhalb Oesterreichs. Oder ist Guizot's Bemerkung: on croit savoir mieux parce qu'on sait moins auf mich anwendbar, wenn ich behaupte: Zwei Irrthümer sind es namentlich, welche bisher die Anschauungen eines Theiles des großen Publikums über dieses Thema zu beherrschen scheinen — ich nenne sie, der Kürze willen, wenn auch incorrect; Irrthümer des Rechtes und der Wirthschaft. Irrthümer nicht allein in Bezug auf das Privatrecht und die in dasselbe einschlägige sogenannte Cautelar-Jurisprudenz, sondern auch Irrthümer in Bezug auf das öffentliche Recht, z. B. in Bezug auf die Frage, ob lediglich dem Reiche (Gesammtstaate) eine Last aufgebürdet werden dürfe, deren Nutzen mindestens zum großen Theile vorzugsweise einzelnen Gebieten des Reiches zufließt. Irrthümer der Wirthschaft, welche so oft das Auge des Rechtes trüben. Trüben, weil sie falsche, factische Voraussetzungen, falsche Thatsachen, unrichtige, wirthschaftliche Erfolge dem Rechte als Sub-

strat liefern. Irrthümer der Wirthschaft, weil sie dem Staate Rechte bestreitet, ohne welche er sich öfters einem Löwen-Vertrage unterziehen müßte, — weil die Garantie des Ertrages einer Unternehmung ohne das Befugniß einer genügenden Beeinflußung und Controllirung derselben zumeist sehr bedenklich ist, und leicht leoninisch werden kann. Weil die Wirthschaft ausschließlich große Capitalmächte zum Baue von Eisenbahnen für befähigt hält, wo bei einem dem wohlfeilen nordamerikanischen Eisenbahn-Bausysteme nach Maßgabe der Verschiedenheit der Verhältnisse näher gerückten Bausysteme durch die Association der betheiligten Gemeinden und Unterstützung der Landesfonds wenigstens eine große Zahl von kürzeren oder Verbindungsbahnen bewerkstelliget werden könnte. Weil die Wirthschaft den ungewöhnlichen Nutzen, welchen die meisten zu expropriirenden und andere Grundeigenthümer aus neuen Bahnen ziehen, so wie die daraus bezüglich der Expropriations-Entschädigung entspringenden Folgen unterschätzt. Wirthschaftliche Irrthümer einer ziemlich weit verbreiteten öffentlichen Meinung, weil sie dem Staate als Mittel zum Zwecke, als Motive zu neuen Privat-Eisenbahnbauten hier Opfer zumuthet, welche keine solche Motive geben, dort zu kostspielige Mittel sind, durch andere zweckmäßigere und wohlfeilere Mittel ersetzt werden könnten. Weil sie daher in der Beschaffenheit der Mittel irrt. Irrthümer der Wirthschaft in Bezug auf die ethischen, zum Theile die römisch-rechtlichen bonos mores betreffenden, namentlich aber in Bezug auf die in ihrer ganzen Tragweite hie und da noch kaum geahnten fast unermeßlichen ökonomischen Folgen von übergroßen — nach Maß oder Dauer oder besonderer Modalität übergroßen staatlichen Beitragsleistungen (Zinsengarantien u. s. w.) zu Eisenbahnbauten. Ich verstehe aber unter solchen übergroßen Beiträgen alle Leistungen des Gesammtstaates, welche gegenüber ihrem Zwecke, also auch gegenüber den einschlägigen Geldmarkt-, Kredit- und analogen Verhältnissen zu groß sind. Gleichviel ob dieses Uebermaß z. B. durch zu hohe aus dem Vermögen der Gesellschaft zu bezahlende, und daher dasselbe verringernde Unternehmungsgewinne der Concessions-Erwerber, durch Ausdehnung der Zinsen-Garantie auf größere als ökonomisch-nöthige Bau- und Anlags-Kapitalien veranlaßt würde oder darin besteht, daß dem Gesammtstaate allein aufgebürdet wird, was er nur theilweise zu tragen hätte. Oder weil die Zinsengarantie sich auf zu lange Zeit (40—90 Jahre), auf eine Zeit erstreckt, welche die Grenzen des Bedürfnisses der nothwendigen Mittel zum Zwecke u. s. w. überschreitet. Wie wenig jene bisher zumeist nur vom speciell-finanziellen

Standpunkte aus beurtheilten Folgen lediglich finanzieller Natur sind, mögen nachstehende kurze Andeutungen darthun.

Maßgebend für die Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit einer Steuer ist:

„Ob das in dem aliquoten Theile des Einkommens dem Steuerpflichtigen aufgelegte Opfer durch den Nutzen der realisirten Verwendungszwecke aufgewogen wird" (Höfken: Zur Steuerreform, S. 43). Staatliche Amortisationsprämien und Zinsengarantien legen den Steuerpflichtigen Opfer auf. Ueberschreitet das Maß dieser Opfer den dadurch erzielten Nutzen, so sind Nutzen und Maß des Opfers gegenüber dem Steuerpflichtigen nicht äquivalent. Die Finanzkräfte des Staates, welcher zu hohe Amortisationsprämien oder Zinsen-Garantien bewilliget, werden durch ein solches Uebermaß geschmälert, entsprechenderer Verwendung entzogen. Dem einzelnen Steuerträger werden dadurch selbst in dem Falle Mittel zur Produktion, zum Unterhalte der Seinigen entzogen, wenn die durch zu hohe Prämien oder Zinsen Begünstigten ihre Gewinne für die Heimat nutzbringend machen, also keine Ausländer sind. Der ärmere Steuerträger wird dadurch noch ärmer, die Eisenbahn-Concessionäre und Actienbesitzer noch reicher, das Haschen nach ungewöhnlichem und unberechtigtem Gewinne genährt, der Zinsfuß erhöht, der Staatsschatz zum Gegenstande der Ausbeutung gemacht. Schon an und für sich (leicht gewonnen, leicht zerronnen), insbesondere aber durch ihre Modalität, können zu hohe staatliche Amortisationsprämien zur Vergeudung (unproductiven Verwendung) des National-Vermögens, weil zu luxuriösen oder zu kostspieligen, zur Zeit entbehrlichen, also unökonomischen Bau- und Betriebs-Anlagen, zu hohen Besoldungen der Bahnbediensteten und Verwaltungsräthe Anlaß geben, zur Zeit unnöthige Expropriationen hervorrufen, kurz zur Unöconomie bei Unternehmungen Anlaß geben, bei welchen — weil sie, wie die Eisenbahnbauten, lediglich oder doch vorzugsweise öconomischen Zwecken dienen sollen, eine verständige Oeconomie vor Allem maßgebend sein soll. Wer aber zu irgend einer Zeit noch entbehrliche, oder überhaupt zu kostspielige Anlagen macht, legt sich dadurch zugleich eine außerdem ganz unnöthige Amortisirung der darauf verwendeten Kapitalien auf und gibt für Andere ein unerwünschliches Beispiel unverständiger Oeconomie. — Alle diese Nachtheile werden dort und dann doppelt empfindlich, wo und wann die öconomischen und finanziellen Zustände ohnehin nicht die blühendsten sind, wo man ausländischer Kapitalien bedarf, wo der Zinsfuß hoch, die Produktion vergleichsweise theuer, die Anspannung der Steuerkraft des Volkes erheblich ist, wo Staats-

Anlehen nur mit großen Verlusten am Kapital oder mit ungewöhnlich hoher Zinsenlast aufgebracht werden können. Wie beschwichtigt oder mäßiget man übrigens unberechtigte Anforderungen einzelner Länder oder Bezirke an dem Gesammtstaate, daß er unter ausschließlicher Uebernahme der Zinsen-Garantie auf das Reich, den Bau neuer Eisenbahnen, neuer Dampfschifffahrts-Unternehmungen u. s. w. fördere? — Dadurch, daß man dem Rechte des Anfordernden das Bewußtsein der Pflicht näher rücke, der Pflicht: nach Maßgabe des offenbaren und im Vergleiche zu anderen Ländern, Bezirken oder Volkstheilen desselben Staates überwiegenden Vortheiles auch diejenigen Lasten zu übernehmen habe, welche aus solchen neuen Unternehmungen entspringen oder deren Zustandekommen ermöglichen. Wird man andererseits verkennen dürfen: Wer den Zweck (den Bau neuer Eisenbahnen durch Private) will, muß auch die dazu nöthigen Mittel wollen? Diese Mittel bestehen aber in der Aussicht auf entsprechenden Gewinn der Concessions-Erwerber und der Actionäre, und dieser Gewinn wird nur dann ein angemessener sein, wenn er den jeweiligen Zinsfuß und Credit, überhaupt den jeweiligen Geldmarkt-Verhältnissen entspricht. Was gestern noch ein übergroßer Gewinn, eine übergroße Zinsen-Garantie gewesen sein mag, kann heute ungenügend sein. — Ausnahmsweise Verhältnisse und Bedürfnisse erheischen auch eine ausnahmsweise Berücksichtigung. Schon allein in der Einheitlichkeit des Staates als Organismus kann die Rechtfertigung liegen, daß er die gesammte Zinsen-Garantielast auf sich nimmt, daher auch dafür, daß z. B. der Finnländer für eine ihm speciell wenig nützende Eisenbahn in Sibirien gleichmäßig dazu beisteuere. Selbst blos materiell gewogen, wird ein Glied des Körpers im Wohle des Ganzen das Aequivalent für seinen Steuerbeitrag finden. — Welche für die Finanzen Oesterreichs, für künftige Zinsen-Garantien, für die Vertheilnng der Last dieser Garantien auf das Reich, dessen Königreiche und Länder, Orts- oder höhere Gemeinden, somit auch auf das Zustandekommen neuer Eisenbahnen und auf das einschlägige Rechtsbewußtsein des Volkes — wichtige Corolarien werden sich daraus ergeben?

III.

Mit vereinten Kräften steuert die Wissenschaft nach ihrem Ziele, nach Wahrheit und Recht. Nach zahlreichen Irrthümern gelangt sie dazu, und nur Brosame für Brosame liefert der Einzelne dazu. Ob auch ich hoffen darf, inmitten vielleicht nur zu zahlreicher Irrungen

auf das Recht und die Wirthschaft — so weit sie beide bei Eisenbahnen in Frage kommen, da oder dort einen neuen Lichtstrahl zu werfen?

Wo offenkundig auch den Regierungen jede auf rationelle Oekonomie abzielende Untersuchung der Wissenschaft willkommen ist, wo blos Voreingenommenheit oder Rechthaberei Erwerbsgesellschaften oder deren Verwaltungen schon deshalb eines unrechtfertigbaren Gebahrens beschuldigen könnten, weil dieselben bezüglich der Ausnützung ihrer Befugnisse und bezüglich der wahren Interessen des Staates und des Volkes gegenüber ihren naturgemäß auf Erwerb abzielenden Bestrebungen verschiedener Ansicht sind, wo in concreten Fällen die Grenze oft schwer zu ziehen ist, jenseits welcher der Erwerbstrieb wegen mangelnden Gemeinsinnes an Egoismus streift oder in demselben ausartet, wo das summum jus bisweilen summa injuria werden könnte, wo man der Vergangenheit nicht vorwirft, daß sie nur die Früchte ihrer Zeit pflückte und ihre Erfahrungen nicht zu einer Handhabe der Kritik, sondern lediglich als eine Leuchte für die Zukunft benützt, da darf der anspruchslose Kämpe der Wissenschaft nicht allein ohne Gefahr eines Mißverständnisses seiner Absicht, sondern auch mit einiger Aussicht auf freundliche Aufnahme das Augenmerk competenter Männer auf die Frage lenken: Zuerkennt die Wissenschaft meinen in gegenwärtiger Abhandlung aufgestellten — künftige Eisenbahn-Concessionirungen, Zinsen-Garantien und Amortisationsprämien betreffenden Fragen einige Berechtigung, und wie beantwortet die Wissenschaft dieselben? Gibt daher die Wissenschaft Anhaltspunkte über die Art und das Maß der Opfer, welche der Staat und beziehungsweise einzelne Gebiete desselben zur Erreichung des Zweckes: des erwünschlichen Zustandekommens neuer Eisenbahnen oder anderer Unternehmungen zu bringen hätten? Welches Urtheil würde z. B. die Wissenschaft fällen über eine — vom Gesammtstaate und den betheiligten Landesfonds zu gleichen Theilen zu übernehmende — in der Zeitdauer allerdings sehr zu beschränkende Garantie von 6—7percentigen Zinsen in einem Zeitpunkte, wo der Zinsfuß so hoch steht, und unter der Voraussetzung, daß durch solche Zinsen der Pari-Cours der neuen Actien und dadurch alle davon abhängigen Vortheile zu einer Zeit erzielt werden würden, wo die Eisenbahn noch vom Kapitale zehrt, wo die Begeisterung für neue Eisenbahn-Actien einer nüchternen Kalkulation Platz gemacht hat, wo selbst in Silber verzinsliche 6percentige Prioritäts-Anlehen nicht al pari stehen, die daraus für die Gesellschaft entspringenden Kapitals-Verluste dem Bau- und Anlags-Kapitale zur Last fallen? Würde eine solche Erhöhung des

garantirten Zinsmaßes durch die Beschränkung der Garantiezeit, z. B. auf 25 Jahre (also auf eine Zeit, binnen welcher die Eisenbahn längst in geregeltem Betriebe und somit auf eigenen Füßen stehen kann) nicht reichlich aufgewogen, zumal dann, wenn z. B. nach 15 Jahren nur mehr 5, nach 20 Jahren nur mehr 4percentige Zinsen garantirt werden? Würde nicht zugleich eine solche Beschränkung der Eisenbahn-Verwaltung die dringendsten Motive zu rationeller Oeconomie im Baue und im Betriebe geben? Zu einer — allerorts und jeder Zeit, namentlich aber in kapitalarmen Ländern und bei hohem Zinsfuße so sehr erwünschlichen Oeconomie, die sich immer frägt: Was kostet es, und was bringt es ein? Welche Summen erspare ich mir und der Heimat, wenn ich zur Zeit noch entbehrliche Ausgaben bis zum Bedarfsfalle unterlasse? Würde in einer angemessenen Vertheilung der Zinsen-Garantielast auf den Gesammtstaat und auf die einzelnen Gebiete, welche eine neue Eisenbahn durchziehen soll, nicht zugleich ein gerechter Anhaltspunkt liegen, die bezüglichen Gemeinden, Landes- und Grundentlastungsfonds an die Einkommensteuer, welche die Eisenbahn zu bezahlen hat, durch die normalmäßigen Zuschläge zu dieser Steuer participiren zu lassen?*) Nach Maßgabe der durchschnittlich auf jede Bahnmeile entfallenden Quote des gesammten Reinerträgnisses der Eisenbahn und resp. nach Maßgabe der auf diese Quote entfallenden Einkommensteuer participiren zu lassen? — Würde z. B. das durchschnittliche Reinerträgniß einer Bahnmeile einer 20 Meilen langen Bahn 40.000 Gulden, die Einkommensteuer davon 2000 Gulden betragen, so würde die Zahl der in einem Königreiche oder Lande befindlichen Bahnmeilen, multiplicirt mit 2000 Gulden, die Summe darstellen, von welcher dieses Königreich oder Land Zuschläge für sich und für ihre Gemeinden zu erheben, und letzteren nach Maßgabe deren Antheiles zu verabfolgen hätte? Doch blos als Beispiel, nicht als Modell soll dieser Participations-Maßstab gelten. Denn mindestens in sehr vielen Fällen wäre die Zugrundelegung des Brutto-Ertrages, der das Land, resp. die Gemeinde-Territorien durchziehenden Bahnstrecken ein gerechterer Participations-Maßstab, und nicht für die Minderheit, sondern für die Mehrheit der Fälle statuirt das Gesetz seine Regeln**). —

*) Manchen Gemeinden ꝛc. wachsen ohnehin durch neue Bahnen neue Auslagen für Straßen, sicherheitspolizeiliche Maßnahmen u. s. w. zu.

**) Meinem gegenwärtigen Zwecke und Programme gemäß abstrahire ich hier von der Beantwortung der ventilirten Frage, ob die vorgeschlagene Participation der Gemeinden und Landesfonds auch auf bereits bestehende und

Würde in einer solchen Participation nicht eine unseren Verhältnissen entsprechende Nachahmung der Besteuerung der englischen Eisenbahnen seitens der betroffenen Gemeinden liegen? —

Die Mittheilung der interessanten Daten über die Besteuerung der englischen Eisenbahnen seitens der Gemeinden der beabsichtigten ausführlicheren Behandlung dieses Thema's vorbehaltend, dürften nachstehende Bemerkungen vielleicht einiges Licht über den engen einschlägigen Zusammenhang zwischen Recht und Wirthschaft und deren Anforderungen verbreiten. Die Wirthschaft — die ökonomischen Interessen der einzelnen Länder und Gemeinden — gab wohl nur den Anstoß zur Beanspruchung der erwähnten Participation aus dem Standpunkte des Rechtes. Man sagte, der Sitz der Hauptniederlassung einer Eisenbahn-Actien-Gesellschaft könne nicht maßgebend sein für das Recht zur Beanspruchung der gedachten Zuschläge, zumal die Eisenbahn überall, wo sie im Betriebe steht, einen Ertrag (ein Einkommen) abwerfe, für die Staatsfinanzen aber sei es gleichgiltig, welches Land oder welche Gemeinde solche Zuschläge erhebe. Wenn aber — wiewohl unzweifelhaft — jedes durch eine Eisenbahn durchzogene Land und Gemeinde-Territorium durch die Eisenbahn schon überhaupt große Vortheile erlangen, läge in dem Anspruche des Landes und der Gemeinden auf die Besteuerung des Erträgnisses der Bahn mittelst Zuschlägen zur Einkommensteuer nicht ein neues rechtliches Motiv, einem solchen Lande einen Theil der Zinsen-Garantielast aufzubürden? —

Schluß.

Ob mir der Beweis gelungen ist, daß es in der Eingangs erwähnten — die Concessionirung und die Zinsen-Garantie betreffenden — Sphäre für ein neues Eisenbahnrecht an Stoff oder Materiale nicht fehle, muß ich der Beurtheilung des Lesers überlassen. Hat aber vielleicht nicht mehr als Ein Leser — angesichts des niederen Börse-Kurses der meisten unserer mit staatlicher Zinsen-Garantie ausgestatteten Eisenbahn-Actien — über meine obige Beleuchtung der Nachtheile übergroßer Zinsen-Garantien den Kopf geschüttelt? Mich selbst derselben irrigen wirthschaftlichen Anschauungen beschuldigt, welche ich bei einem

---

solche Eisenbahnen anzuwenden sei, bei welchen blos die Gemeinde und der Landesfond des Standortes ihrer Direction Zuschläge zur Einkommensteuer beziehen.

nicht ganz geringen Theile des Publikums zu finden glaubte? Meines Erachtens liegt der dießfällige Hauptirrthum jener wirthschaftlichen Anschauung darin, daß man die für die Größe einer angemessenen Zinsengarantie maßgebenden Momente mindestens vorzugsweise in der Ziffer der garantirten Zinsen, also nur in einem einzigen jener Faktoren suchte, deren Produkt jene Größe bildet. Maßgebend für diese Größe sind aber zumal auch 1. der bekanntlich wandelbare landesübliche Zinsfuß. Gegenwärtig zu etwa 7% stehend, kann er vielleicht schon nach 25 Jahren zu 4% stehen, wäre aber sodann eine 90jährige Garantie 5percentiger Zinsen nicht eine übergroße? Ist also die Dauer einer fixen Zinsengarantie nicht wesentlich maßgebend für die Größe der damit übernommenen Last? — 2. Die Concessions-Bedingungen, z. B. der staatliche Vorbehalt auf jeweilige angemessene Herabsetzung der Fracht oder Tarifsätze, der unentgeltlichen Postbeförderung und ähnlicher national-ökonomischer oder finanzieller Vortheile. Es gibt auf dem Gebiete der Wissenschaft wie der Praxis Anschauungen, die sich oft Jahrhunderte lang erhalten, weil Niemand prüfte, ob sie ursprünglich richtig waren, oder ob sie es noch sind. Der Eine schreibt eben dem Anderen nach, oder handelt wie der Andere. Plötzlich taucht da oder dort die Frage auf: War oder ist denn das noch gut, noch zweckmäßig, was man bisher gethan? Und siehe da, nicht selten wirkt eine solche Frage wie ein Erdbeben, sie stürzt um, was festgemauert schien. Und die halbe Welt frägt sich erstaunt: Wie kam es denn, daß Wir so oft an Anschauungen hielten, deren Unrichtigkeit so leicht zu erforschen, nachzuweisen war? Sollte es etwa auch mehr als einer bislang in einem großen Theile Europa's festgehaltenen, die Eisenbahn-Concessionen und Zinsengarantien betreffenden Anschauung in ähnlicher Weise ergehen? Worin hat wohl die weit verbreitete Uebung ihre Rechtfertigung, daß man ausschließende Eisenbahn-Concessionen auf 90 Jahre ertheilt, auf einen Zeitraum, der jede Berechnung ausschließt, ob noch lange vor dessen Ablauf unsere dermaligen Locomotiv-Bahnen bestehen oder lebensfähig sein werden? Noch weit auffallender aber scheint mir die fast weltläufige (in Süden wie in Norden, in Westen wie in Osten Europa's, in großstadtreichen wie in dünnbevölkerten Ländern anzutreffende) Thatsache, daß man die Dauer der Zinsengarantie nach der Dauer der Concession zu bemessen pflegt. Bedingt etwa die Dauer der Concession auch eine eben solche Dauer der Zinsengarantie, oder macht eine 90jährige Concession eine eben so lange Zinsengarantie irgend räthlich? Ja, ist selbst bei einer nur 50jährigen Garantie von fixen,

z. B. 5perzentigen Zinsen auch nur berechenbar, für welches Capital man landesübliche Zinsen garantirt habe? Welches Capital hätte man z. B. landesüblich verzinst, wenn innerhalb dieser 50 Jahre der Zinsfuß allmälig auf 4 oder gar 3% herabsänke? Gilt nicht dasselbe analog auch von einer fixen Amortisationsprämie? Ist eine solche Prämie überhaupt räthlich, wäre sie nicht zweckmäßiger zur Erhöhung des garantirten Zinsenmaßes zu verwenden? Weshalb amortisirt der Staat ein Capital, welches er (sammt dem Concessionsrechte) nach 30 Jahren einzulösen sich vorbehält oder nach 90 Jahren theils ohnehin einlösen muß, theils als Concessionstaxe oder Entgelt für die Conzession unentgeltlich erhält? oder — wenigstens voraussichtlich nach 90 Jahren weit billiger und zu einer Zeit erkaufen kann, wo das Geld wohlfeiler ist, die Staatsbedürfnisse leichter deckbar sind? Wäre nicht bei allen erwünschlichen Eisenbahnbauten die Einleitung von Offert-Verhandlungen und wenigstens zumeist die Festsetzung einer entsprechenden Conventionalstrafe für den Ausbau und Betrieb binnen einer Präclusivfrist räthlich? In welcher Lage wird dereinst der Jurist bei der Auslegung von Concessions-Statuten oder Contraktsbestimmungen gerathen, welchen Irrthümer über thatsächliche Verhältnisse der Zukunft zu Grunde lagen? Wozu fordert die Cautelar-Jurisprudenz überhaupt bei derartigen, die ferne Zukunft betreffenden Bestimmungen auf? Was wäre bezüglich der Zinsengarantie und Amortisationsprämie Rechtens, wenn unsere Locomotivbahnen durch andere allgemeine Transportmittel ersetzt würden? Würde das summum jus, wenn auch nicht zur laesio enormis, aber zur suma injuria werden können, und die Gutachten der Rechtsgelehrten noch entgegengesetzter lauten als die veröffentlichten über die Rechte zweier bekannten Bahngesellschaften? Kauft anderseits Jemand eine neue Eisenbahnactie deßhalb theurer, weil die Zinsengarantie auf mehr als 40 Jahre lautet?

Ideen sind es, welche die Menschheit bereichern, nicht selten aber auch auf Jahre hinaus ihr tiefe Wunden geschlagen haben. Oft mißachtet, verdammt, oder nur nach der Lebensstellung ihres Urhebers geschätzt, oft lediglich in Folge der Strömung der Zeit bis zu den Wolken erhoben, zählen sie je nach ihrem Werthe zu den größten Segnungen, zu den wirksamsten produktiven Kräften und Schätzen einer Nation, zu den Geburtshelfern oder Todtengräbern der früheren Macht und Blüte, der späteren Ohnmacht und Verkommenheit mehr als eines Volkes und Staates. Jede wirklich neue Idee ist eine Erfindung oder Entdeckung auf der Bahn der Wahrheit oder des Wahnes. Wer auch

nur einen Gran neuer fruchtbarer Wahrheit gefunden zu haben glaubt, der ist es seiner Heimat und der Menschheit schuldig, sie auf geeignetem Wege competentem Urtheile zu unterziehen. Nicht der Glaube an die Richtigkeit seiner wohlgeprüften Ueberzeugung, sondern nur die Anmaßung: sein eigener Richter sein zu wollen, fordert die Strenge der Kritik heraus. Was Kunst- und Industrie-Ausstellungen, Jahrmärkte und Verkaufsbuden für die Künstler und Industriellen, daß ist die Presse für die Schriftsteller. Die Kritik competenter Männer ist der Wahrspruch der Ausstellungsjuri. — Wenn aber noch heute die civilrechtliche Verantwortlichkeit sogar honorirter Verwaltungsräthe für ihre Betheiligung an den Geschäften gegenüber den Aktionären hie und da bestritten wird, oder nach Maß und Umfang im Halbdunkel liegt, wenn die Hunderte und Tausende, welche wegen des Besitzes einer einzigen oder weniger Aktien bei den General-Versammlungen keine Stimme haben, dadurch von der Vertretung ihrer Intressen darin ausgeschlossen, also jenes Vortheiles nicht theilhaftig sind, welchen das Handelsgesetzbuch bei Commandit-Gesellschaften auf Aktien den Aktionären durch die unerläßliche Bestellung eines Aufsichtsrathes sichert, ja wenn hie und da die Tendenz immer mehr hervortritt, blos dem Besitzer einer größeren Anzahl von Aktien das Stimmrecht zuzugestehen, wie wird jener Wahrspruch über denjenigen lauten, welcher in solchen Erscheinungen Grund findet, das Augenmerk der Legislatur und Verwaltung auf die Frage zu lenken: Währt man dadurch die ökonomischen und anderweitigen Bedenklichkeiten ab, zu welchen Zeuge der Geschichte großer Handelscompagnien — capitalmächtige Erwerbsgesellschaften — nicht selten Anlaß gegeben? Selbst dort gegeben, wo Tengoborski's vor etwar 10 Jahren veröffentlichte „Warnungsrufe gegen Nachbildungen des Pariser Credit mobilier" unberechtigt wären? Parlamente haben oft blos deßhalb bishin unbekannten Männern nahezu plötzlich großen und verdienten Ruhm gebracht, weil deren fruchtbare Idee, allgemeine oder specielle Begabung und Leistungsfähigkeit bishin der Oeffentlichkeit entgangen, in deren Kreisen keine genügende Anerkennung, keine Posaune gefunden hatten, zur Verkündigung des Schatzes, welchen das Vaterland und die Menschheit darin besitzen. Aber auch in anderen Berathungen oder Sitzungen hat sich bekanntlich schon oft ein bishin unbekanntes, ja ungeahntes, hervorragendes Talent zum Frommen der Heimat manifestirt, eine Saat gesäet, die, wenn erkannt, am Tage der Garben reiche Früchte trug. Hier einem aufgegebenen Kranken das Leben rettete, dort einer für verloren gehaltenen Schlacht, einem despera-

ten Processe, dem Entdeckungsplane eines Kolumbus zum Siege verhalf, privatlichen und staatlichen Bedrängnissen ein Ende setzte. Also keineswegs einer Geringschätzung der möglicherweise großen Leistungen, welche Verwaltungsräthe durch Talent, Kenntniß und praktisches Geschick durch fruchtbare Ideen im Schoße eines Verwaltnugsrathes manifestiren können, sondern im Gegentheile der vollen Würdigung des großen Nutzens, aber auch des möglicherweise großen Schadens, welchen der Einfluß der Votirung der Verwaltungsräthe auf die Interessen der Gesellschaft stiften kann, entspringt die Frage der Wirthschaft an das Recht: Darf die Jurisprudenz die Mitglieder des Verwaltungsrathes, welche doch ebenfalls Verwaltungs-Mandatare sind, derjenigen civilrechtlichen Haftung entbinden, welche das allgemeine bürgerliche Recht jedem Vermögensverwalter auferlegt? Werden anderseits die Regierungen einen begründeten Anlaß finden, auch den Besitzern einer einzigen oder weniger Aktien eine Gesammtvertretung ihrer Interessen, z. B. mittelst eines Aufsichtsrathes oder anderer Bevollmächtigten zu sichern?

Hätte der Staat, welcher den Mitgliedern des Vorstandes (der Direktion) einer Aktiengesellschaft die im Art. 241 des Handelsgesetzbuches bezeichnete strenge Haftung auferlegt, genügende Motive, selbst honorirte Verwaltungsräthe von der jedem Vermögensverwalter von Gesetzeswegen obliegenden Verantwortlichkeit zu eximiren? Sind anderseits die berechtigten Interessen einer Aktiengesellschaft und des Staates durch Statuten genügend gewahrt, welche das Stimmrecht in der General-Versammlung wesentlich beschränken? Weßhalb hat das Handelsgesetzbuch, welches jedem Besitzer einer Aktie das Recht Einer Stimme zuerkennt, dem Staate die Genehmigung der Statuten auch in Bezug auf das Stimmrecht der Aktionäre vorbehalten?

Angenommen z. B., daß von 2000 Aktien 500 sich im Besitze von je 10 Stück Aktien besitzenden (in der General-Versammlung stimmberechtigten) 50 Personen befinden, die übrigen 1500 Aktien aber in den Händen von Personen sind, welche kein Stimmrecht in der General-Versammlung besitzen. Im Interesse jener 50 Aktionäre können Beschlüsse liegen, welche dem Interesse der Gesellschaft, des öffentlichen Wohles und des zur Zinsen-Garantie verpflichteten Staates nachtheilig sind. Ist es räthlich, daß die Besitzer von $^2/_3$ Theilen des ganzen Aktiencapitales von jeder Vertretung ihrer Interessen in der General-Versammlung ausgeschloßen seien? Darf der Spruch: volenti non fit injuria — unbedingt maßgebend sein? Das Handelsgesetzbuch hat keines-

wegs blos in Bezug auf das Frachtgeschäft durch Eisenbahnen die Frage im allgemeinen öffentlichen Interesse verneint. Es hat aus gleichem Grunde dem Vorstande (der Direktion) einer Aktien-Gesellschaft Verpflichtungen auferlegt, und deren Nichterfüllung mit einer ausgedehnten, civilrechtlichen Haftung bedroht. Dürfte hinter der verantwortlichen Direktion ein unverantwortlicher Verwaltungsrath stehen? Ja, sollte nicht diese Haftung des Verwaltungsrathes (dessen Einfluß auf die Vollmacht des Vorstandes der Art. 231 d. H. G. B. bezeichnet) schon deßhalb, weil sie weder nach Art. 241 des H. G. B. zu beurtheilen, noch durch die Art. 225 und 226 genügend bezeichnet ist, in jedem Aktienstatute ausdrücklich normirt werden?

Je größer die Capitalskraft, die Macht und der Einfluß einer Corporation, einer Erwerbsgesellschaft ist, desto wohlthätiger oder nachtheiliger kann ein einziges hervorragendes Berathungsorgan wirken, desto nützlicher oder schädlicher werden zweckmäßige oder unzweckmäßige Organisationen und Verwaltungsmaximen. Je relativ leichter aber bei großen Erwerbsgesellschaften das Auge des Herrn, dessen wahres Interesse vertretende Bestimmungsgründe in den Hintergrund treten, je relativ leichter sich Collisionen ergeben zwischen dem Interesse des Prinzipales und dessen Organen, zwischen den Interessen der Erwerbsgesellschaft und des Staates, desto mehr scheint es geboten, auch der Leistungsfähigkeit Derjenigen Thür und Angel zu öffnen, welche vermöge ihres geringen Aktienbesitzes in der General-Versammlung kein persönliches Stimmrecht haben. Desto mehr tritt die allerdings schwierige Aufgabe des Staates in den Vordergrund, die Interessen des allgemeinen Wohles unbeschadet derjenigen freien ökonomischen Bewegung der Erwerbsgesellschaften durch Concessions-Gesetze oder Statuten zu schützen, welche (freie Bewegung) eine unerläßliche Bedingung des Gedeihens einer jeden Erwerbsgesellschaft ist. Wo sind daher die Grenzen für den staatlichen Einfluß bei Concessionirungen statutarischer Bestimmungen von Zinsengarantien? Noch hat meines Wissens — keine Feder es unternommen, dafür auch nur allgemein maßgebende Lineamente zu zeichnen, Lineamente vom Standpunkte des Rechtes und der Wirthschaft.

Weshalb bestanden ost- und westindische Handelscompagnien viele Jahrzehente hindurch, bevor zuvörderst die Publicistik, sodann die Staatsgewalt die Art an Mißbräuche gelegt, welche z. B. auch Macauley so anschaulich schildert, an jene Zerstörungen von Gewürzbäumen und Gewürzvorräthen, welche keinen andern Zweck hatten, als dem Sinken deren Marktpreises entgegenzuwirken? Die ökonomische Nothwendigkeit

der Bildung capitalreicher Handelsgesellschaften hatte zu Mißbräuchen geführt, die Erkenntniß dieser Mißbräuche das Bedürfniß legislativer Abhilfe zum Bewußtsein gebracht. Kurz ist die Spanne der Zeit, seit welcher die Massen-Produktion (Fabrikation) und überhaupt die Association großer Geldkräfte eine ökonomische Nothwendigkeit geworden ist, für jeden Staat, welcher nicht ökonomisch verkümmern oder concurrenzunfähig werden will (S.: die Association der Geldkräfte, 1853). Neu — nach Maßgabe der späteren oder früheren Erkenntniß dieser Nothwendigkeit mehr, minder neu — kann daher auch nur das Bedürfniß nach jenen Lineamenten sein, und je kürzer die Erfahrungen, desto dürftiger müssen die Erfolge der Wissenschaft sein, welche daraus allgemeine Regeln abzuleiten sucht.

Wo es sich blos um wirthschaftliche Werthe handelt, z. B. um die Frage, ob behufs schnellerer, lediglich durch größere finanzielle Opfer zu erzielenden Ausführung einer Eisenbahn solche Opfer überhaupt oder eventuell zu bringen sind, z. B. durch Abstrahirung von der vorläufigen Tracirung und von verläßlichen Kostenüberschlägen einer Bahn oder von anderen Grundlagen zur Bemessung der Garantielast wird der höhere wirtschaftliche Werth maßgebend sein müssen, die Ausnahme daher auch dießfalls die Regel bestätigen. Bekanntlich sind die Bestimmungen unseres bürgerlichen Gesetzbuches bezüglich der sogenannten Wasserrechts-Servituten und der einschlägigen Consortial-Verhältnisse ebenso ungenügend, als die Bildung und der Gebrauch von solchen Consortien hie und da selten sind, wodurch zahlreiche höchst wohlthätige, ja für die Bodenkultur und den Reichthum eines Landes entscheidende Erfolge erzielt wurden, z. B. die lombardische Bewässerung und die Theiß-Regulirung. Namentlich bei Oesterreichs keineswegs überall blühenden Bodenkultur und anderen ökonomischen Verhältnissen dringt sich daher die Frage auf, weßhalb von solchen Consortien, weßhalb aber auch von auf wenige (5—10) Jahre beschränkten Zinsengarantien der Landesfonds für ähnliche höchst erwünschliche Zwecke, z. B. für die Bewässerung, für die landwirtschaftliche Benützung des Cloaken-Düngers der Städte — dessen Werth notorisch nach Millionen von Gulden zählt, der in China ausschließlich den Boden befruchtet, zahlreiche Schiffe auf der Maas und Schelde befrachtet, oder für die Erbauung von Local-Eisenbahnen so selten Gebrauch gemacht wird. Warum sollten z. B. die schon oft als erwünschlich bezeichneten und bei den günstigen Terrain-Verhältnissen, so wie bei Anwendung des nordamerikanischen Systems wenig kostspieligen Lokal-Bahnen von Enns nach

Stadt Steyer (in Oberösterreich) und von St. Pölten über Krems nach Stockerau, nicht durch Consortien der betheiligten Gemeinden und durch einige Unterstützung der Landesfonds in Bälde erbaut werden können? Sind Eisenbahnen nicht auch Straßen, und noch dazu solche Straßen, welche, wenn sie Eigenthum der Landesfonds und der Gemeinden sind, denselben zugleich eine Rente abwerfen? Kostet eine Pferdebahn oder eine nordamerikanische Schienenbahn bei günstigen Terrain-Verhältnissen viel mehr als eine gewöhnliche Straße? Könnte nicht der Betrieb dieser Localbahnen, nöthigenfalls der West- oder Nordbahngesellschaft, verpachtet und dadurch jede Ausgabe für die Anschaffung der Betriebsmittel erspart werden? Würde aber bei solchen durch Consortien der Gemeinden und des Landesfonds erbauten Localbahnen nicht zugleich das Bedürfniß eines neuen Consortialrechtes erstehn?

Literaturblatt

für

kurze Berichte und Ueberſichten über die neueſten rechts- und ſtaatswiſſenſchaftlichen Schriften.

Die Schleswig-Holſteiniſche Frage. Hiſtoriſch-ſtaatsrechtlich erläutert von Dr. Hugo von Kremer-Auenrode. Wien, 1864. Verlag der Wallishauſſer'ſchen Buchhandlung. S. 101.

Es gäbe eine zahlreiche Verſammlung von Gelehrten, wenn ſich alle diejenigen, welche bisher die däniſch-holſteiniſche Angelegenheit in ſelbſtſtändigen Druckſchriften beſprochen haben, behufs einer gemeinſchaftlichen Verhandlung zuſammenfinden würden. In einem ſolchen Congreß ad hoc würde auch der Verfaſſer der hier angezeigten Schrift, auf welche das Publikum bereits von mehreren öffentlichen Blättern aufmerkſam gemacht worden iſt, ein gediegenes Wort führen und dieſes kräftig zu vertreten wiſſen; denn die literariſche Arbeit, die er hier der Oeffentlichkeit übergibt, macht ſich durch eine ſorgfältige Prüfung thatſächlicher Verhältniſſe und durch Entſchiedenheit in Beurtheilung der weſentlichen Fragepunkte auf eine vortheilhafte Weiſe bemerkbar.

In einem der unmittelbaren Darſtellung vorangeſtellten Verzeichniſſe führt der Verfaſſer die literariſchen Werke an, welche er für ſeine Studien benützt hat. Auch ſeitdem ſind noch einige wichtige Stimmen in dieſer Angelegenheit der allgemeinen Theilnahme laut geworden, ſo daß es — abgeſehen von den Erklärungen tagender Landesvertretungen in mehreren Staaten — an theoretiſchen Deduktionen des in Frage ſtehenden Rechts nicht fehlte, bevor noch die Diplomatie zu gemeinſchaftlichen Konferenzen geſchritten iſt, um die ſtreitenden Intereſſen womöglich zu verſöhnen.

In ihrem hiſtoriſchen Theile hält ſich die vorliegende Erläuterung der ſchleswig-holſteiniſchen Frage, wie es die Aufgabe fordert, in der Regel an diejenigen Begebenheiten im ſtaatlichen Leben des Königreichs Dänemark, welche neue ſtaatsrechtliche Verhältniſſe begründeten, befeſtigten oder ſolche anbahnten.

Es gilt dieß namentlich von den Thatsachen, welche die Selbstständigkeit und Vereinigung der genannten Herzogthümer, ihre landständische Verfassung und die Thronfolge betreffen; alle dahin gehörigen Angaben und Betrachtungen sind so klar exponirt, daß man über den wahren Sachverhalt nicht im Zweifel bleiben kann.

Wie in mehreren anderen Schriften, welche diesen Gegenstand behandeln, wird auch hier die Sprache und Darstellung in dem Maße lebendiger und anziehender, als sich der Autor von der rein historischen Erzählung ab- und mehr den juridischen Deduktionen zuwendet. Diese letzteren bewegen sich auf dem rein wissenschaftlichen Gebiete, ohne durch die mittlerweile veränderte Physiognomie der äußeren Verhältnisse beirrt zu werden, und gehen keiner Einwendung, die der vertheidigten Ansicht gemacht werden könnte, aus dem Wege. Es ergeben sich hieraus Konsequenzen, die, weil sie aus konstatirten Thatsachen abgeleitet werden, die Beistimmung Deutschlands erhalten haben und jedenfalls von großer Wichtigkeit für die Verhandlungen sind, in welchen über das künftige Schicksal der Herzogthümer Schleswig und Holstein entscheidende Beschlüsse gefaßt werden sollen.

Diese wenigen Andeutungen über Inhalt und Form der vorliegenden Broschüre reichen zu, auf den literarischen Werth derselben und den ehrenwerthen Platz, den sie unter den Werken in dieser Angelegenheit einnimmt, aufmerksam zu machen. Springer.

Studien über den Bergbau in Oesterreich. Vom Ober-Bergrathe und Professor Freiherrn v. Hingenau.

Die hier angezeigten Studien beginnen mit allgemeinen Betrachtungen über die unermeßliche Wichtigkeit des Bergbaues für die volks- und staatswirthschaftlichen Zustände überhaupt, und fügen historische und statistische Nachweisungen bei, welche die segenbringende Wechselwirkung zwischen Bergbau und Volkskultur evident zu machen geeignet sind. Es kann nicht fehlen, schon aus diesen einleitenden Bemerkungen die Ueberzeugung zu erlangen, daß der Mann, der diese Studien macht, für den Gegenstand derselben mit inniger Begeisterung erfüllt ist und in die Schranken tritt.

Bei der übersichtlichen Angabe der nutzbaren Mineral-Lagerstätten, mit welchen unser Kaiserstaat ausgestattet ist, folgt der Verfasser der orographischen Beschaffenheit des Territoriums, wodurch der Vortheil erreicht wird, daß man die Lagerstätten in jedem äußerlich markirten Gebiete ohne provinciale Sonderung und Unterbrechung verfolgen kann. Man kann dann auf diese Art die im Bergbau verwendeten Faktoren, und zwar den demselben gewidmeten Raum und die hiebei beschäftigte Arbeitskraft, nebstbei auch das erzielte Bergwerksprodukt nach Ländergruppen zusammenstellen und diese nach den einzelnen Beziehungen mit einander vergleichen. Es ist gewiß interessant, aus den vom Autor gegebenen Zusammenstellungen dieser Art zu ersehen, daß die drei Gruppen: die Alpenländer, die Karpathenländer und die herzinisch-sudetischen Länder bezüglich des dem Bergbau gewidmeten Raumes, der dabei beschäftigten Arbeiterzahl und des Werthes der gewonnenen Bergwerksprodukte ziemlich gleiche Größen einhalten. Das Ueber-

gewicht, welches in Bezug auf den Werth der Produkte und auf die räumliche Ausdehnung des Bergbaues den herzinisch-sudetischen Ländern zufällt, hat hauptsächlich in der raschen Entwickelung der Steinkohlen-Produktion seinen Grund.

Der österreichische Bergbau beschäftigte im Jahre 1851 nicht weniger als 114,744 Bergleute, und der Werth der gewonnenen Bergwerksprodukte wurde auf 44,052.345 Gulden berechnet. Wer sollte da dem Verfasser nicht beistimmen, wenn er aus diesen Ziffern den Schluß und Beweis zieht, daß Oesterreich nach seiner Ausstattung mit unterirdischen Gaben und nach der Befähigung seiner Bewohner in Benützung dieser Schätze ein zum Bergbau berufenes Land sei?

Der Statistiker findet in diesen Studien mehrere Kombinationen, die er von seinem Standpunkte aus als besondere Ergötzlichkeiten nach Verdienst zu würdigen weiß. Eine derselben ist die S. 128—132 angestellte Vergleichung der Bewegung der Bergwerksproduktion im Laufe der Jahre 1830—1860, eines Zeitraumes, der nahe das Alter einer Generation umfaßt. Wir sehen daraus, daß die Gewinnung des Silbers stetig zugenommen, und in dem letztgenannten Jahre die Menge von 121,148 Mark erreicht hat; daß die Zunahme der Erzeugnisse an Gold, Kupfer und Blei verhältnißmäßig gering, um so bedeutender dagegen jene des Roheisens gewesen ist, indem von dem letzteren im Jahre 1830 nur 1,435.218 Zentner, im Jahre 1860 aber 4, 934.122 Zentner produzirt wurden. Die größte Dimension nahm die Ausbreitung der fossilen Kohlen ein. Im Jahre 1830 bestand die Gesammtproduktion an diesem Brennstoffe in 3,815.139 Zentner, und 30 Jahre später wurden 62,569.879 Zentner Kohle gewonnen, eine Menge, von welcher freilich die vermehrten Dampfmaschinen, Dampfschiffe und Lokomotive einen namhaften Theil in Anspruch nehmen.

Ein weiterer Gegenstand, mit dem sich diese Studien unter Nr. II und III beschäftigen, betrifft die Art und Weise, in welcher der Bergbau, um den vorhandenen günstigen Anlagen zu entsprechen, gepflegt werden sollte, und von wem diese Pflege auszugehen habe. Leichtbegreiflich ist diese Untersuchung in volkswirthschaftlicher und finanzieller Hinsicht von Wichtigkeit, weil man es mit einem Gewerbszweige zu thun hat, dessen Eigenthümlichkeiten wohl bedacht und beachtet werden müssen, wenn der Erfolg ein lohnender sein soll. Speciell ist es auch Pflicht derjenigen, welche als Staatsdiener entweder im Rathe oder in der Verwaltung Einfluß auf den Bergbau zu nehmen haben, sich mit den Hauptaufgaben dieser Produktion, mit dem bisherigen Entwickelungsgange derselben und überhaupt mit den dießfälligen bereits ausgebildeten Rechts- und ökonomischen Verhältnissen bekannt zu machen, damit sie zweckmäßig vorgehen können. Der Verfasser bespricht hier in Kürze alle hierauf bezüglichen Punkte.

Die Hauptfrage jedoch und die eigentliche Veranlassung zu dieser Abhandlung ist unverkennbar die, ob und in wiefern die österreichische Staatsverwaltung die vorhandenen Staatsbergwerke noch ferner auf eigene Kosten betreiben, oder dieselben im Wege der Veräußerung in die Hände der Privaten übergehen lassen soll? Da einerseits der vom Staate im Betriebe gehaltene Bergbau, wie oben gezeigt wurde, nicht unbedeutend ist, andererseits die Leistungsfähigkeit der Privat-Industrie in montanistischen Unternehmungen nicht bezweifelt werden kann, so

liegt der Grund nahe, warum diese Frage zu wiederholten Malen in Verhandlung gezogen wird.

Die zahlreichen Stimmen, welche für die Veräußerung des gesammten Montanbesitzes des Staates sich erklären, weisen auf den geringen Reinertrag desselben hin, um die Zweckmäßigkeit ihres Antrages zu erproben. Der Verfasser der vorliegenden Studien tritt jedoch diesem Ansinnen mit Entschiedenheit entgegen und beruft sich darauf, daß es schon die Eigenthümlichkeit der bergmännischen Beschäftigung, dann aber auch einige besondere Zwecke des Staates politisch gut erscheinen lassen, manchen Bergbau in eigener Regie des Staates zu erhalten. Nach seiner Ansicht können Montanwerke, die eine sichere Berechnung der Auslagen gestatten und eine nachhaltige Rente erwarten lassen, mit voller Beruhigung der Privat-Industrie überlassen werden, weil es an Kapitalien und Unternehmern für dieselben nicht fehlen wird. Der Staat wird bei solchen Werken, namentlich auf Kohlen und Eisen, den Bau nur dort zu behalten haben, wo es die Lokalumstände (z. B. ein Kohlenwerk als Hilfsmittel eines nahegelegenen Werkes) oder höhere Rücksichten als zweckmäßig erscheinen lassen. Anders sei dieß bei Montanwerken, welche wegen Unsicherheit eines Reinertrages von Privaten gar nicht aufgesucht oder die versuchsweise aufgenommenen wieder verlassen werden, wie dieß so häufig bei dem Bau auf Gänge zu sein pflegt. Rücksichtlich solcher Werke liege es im Interesse des Staates, selber als Unternehmer einzuschreiten, um die unterirdischen Schätze zu Nutzen zu bringen. Der Staat sei überhaupt berufen, bei gemeinnützigen Zwecken mit seiner Thätigkeit vorzugehen, wenn die Kräfte der Privaten unzureichend sind.

Die Gründe für den Satz, daß die Thätigkeit des Staates in den eben angedeuteten Fällen den Mangel der Privat-Industrie zu suppliren habe, sind umständlich und mit vielem Fleiße exponirt; das Mißliche der Sache liegt indessen darin, daß der Staat im Vorgehen nach jenem Grundsatze leicht in bedeutende Auslagen ohne Gewinn gerathen kann, wenn vorgefaßte Meinungen und individuelle Wünsche hierbei zur Geltung gelangen. Im Mittelalter, wo es an gebildeten Fachmännern und an Kapitalien fehlte, konnten diese Umstände für die Regierung bestimmend gewesen sein. Bergbau auf öffentliche Kosten zu führen. Heutzutage aber, wo intelligente Betriebs-Individuen für den Bergbau keine Seltenheit mehr sind, die Kapitalienbildung in erfreulichem Fortschritte begriffen ist, zugleich auch Vereinigungen kleiner Ersparnisse zu gemeinschaftlichen Erwerbsgeschäften wesentlich erleichtert wird, hat jener Grundsatz am Umfange seiner Anwendbarkeit viel verloren. Es wird nämlich dort, wo die Privat-Industrie einen selbstständigen Erfolg zu erzielen nicht im Stande ist, die Gemeinnützigkeit der Unternehmung selbst in Frage gestellt, und dann geht auch die Bedingung ab, unter welcher das Einschreiten der Staatsverwaltung als Selbstunternehmer eines Bergbaues gerechtfertigt werden kann. Es ist daher in jedem konkreten Falle vor Allem zu beurtheilen und zu entscheiden nöthig, ob bei der fraglichen Unternehmung früher oder später ein Reinertrag zu erwarten sei. Je unbefangener und umsichtiger die dießfällige Untersuchung und Entscheidung sein wird, desto geringer dürfte derjenige Theil des Gangbergbaues werden, zu dessen Unternehmung oder

Fortsetzung aus Rücksichten auf das allgemeine Beste öffentliche Gelder in Anspruch genommen werden dürfen. Hofr. Springer.

Das formelle Recht der Notherben. Eine civilistische Abhandlung von Dr. Ad. Schmidt, ordentl. Professor des röm. Rechts zu Freiburg i. Br. Leipzig. S. Hirzel. 1862. 193 Seiten.

Um mit dem Tadel zu beginnen, so vermissen wir die äußerlich erkennbaren Merkzeichen einer Gliederung in der Darstellung. Wir erblicken nichts als drei Hauptstücke: Civiles Recht, Prätorisches Recht und Novelle 115. Unterabtheilungen, Ueberschriften, so wie eine Ueberschrift des Inhaltes vermissen wir um so mehr, als bei der schwierigen und verwickelten Materie ein leitender Ariadnefaden um so willkommener gewesen sein würde.

Sodann hätte die Schrift, da sie nur das formale Notherbenrecht behandelt, wohlgethan, an irgend einer Stelle den Gegensatz desselben zum Pflichtheilsrechte darzustellen und die Punkte zu veranschaulichen, in denen beide Materien einander wiederum berühren. Ferner ist in den beiden ersten Abschnitten hin und wieder die Diktion nicht leicht verständlich, woran jedoch die erwähnte Schwierigkeit der Materie selbst und deren theilweise kasuistisch-subtiler Charakter die Hauptschuld trägt. Denn in anderen Fällen finden wir eine wahrhaft erfreuende Bemeisterung des Stoffes durch eine eben so klare als gedrungene Redeweise.

Endlich begegnen wir einer Ausdrucksweise, welche, wenn auch nicht gesucht, so doch zum mindesten wenig ansprechend ist, z. B. fast auf jeder Seite statt „Civilrecht" oder „jus civilis" den Ausdruck „das civile jus", das ist einer deutschen Wortstellung innerhalb eines lateinischen Ausdruckes.

Alles dieß betrifft, wie einleuchtet, Aeußerlichkeiten, für die Darstellung selbst dagegen würde es uns mit dem besten Willen nicht gelingen, einen Tadel zu begründen. Denn darin vermögen wir einen Grund zu solchem nicht zu erkennen, daß die Darstellung weder rein rechtsgeschichtlich ist, noch rein das praktische Recht im Auge hat, sondern zugleich beides umfaßt, vorzugsweise freilich der historischen Behandlungsweise Raum gebend. Hie und da rechnet Verfasser eben auf einen Leser, der einsichtig genug sei, aus den rechtshistorischen Momenten, die er mit dogmatischer Vollständigkeit behandelt, das praktische Recht selber sich zu abstrahiren.

Für den oben konstatirten Mangel an äußerer Gliederung entschädigt übrigens Verfasser den geduldigeren Leser vollkommen durch die sorgfältige und in der That sehr klare und verständliche innere Gliederung der Materie, die schwierigsten Fragen mit bewundernswerther Klarheit, fast möchten wir sagen mit künstlerischer Anmuth, eine der andern anreihend. Die Schwierigkeiten des kasuistisch-komplicirten Stoffes hat er meisterhaft überwunden. Auch gibt er (in den beiden ersten Abtheilungen) an passenden Stellen sehr wohlthuende Ruhepunkte, indem er nach ermüdenden Forschungen plötzlich überraschend-einfache Resultate derselben dem Leser vor Augen führt. Der Styl ist der Art, daß in der ganzen Schrift kein Satz, wir möchten sagen: nicht einziges Wort überflüssig steht.

An sich vortrefflich und zugleich das Verständniß wesentlich erleichternd ist die scharfe Unterscheidung zwischen den einzelnen Rechtsquellen, die Verfasser streng beobachtet: zwischen civilem und prätorischem Recht nicht nur, sondern auch als stets wiederkehrende Untergliederung zwischen der schöpferischen Interpretation der römischen Juristen, als selbstständige Rechtsquelle betrachtet, einerseits, und leges, Kaiserrescripten und dem Edict andererseits.

Sehr befriedigend ist die Art und Weise, wie er unter der Linie (in Anmerkungen) die im Text kurz ausgesprochenen Sätze durch Citate, wie durch logische Beweisführung, begründet.

Das Recht der Novelle 115 behandelt der Verfasser in ganz anderer Darstellung, als das civile und das prätorische Recht, aber mit gleicher Klarheit. Sehr verständig und unter Anführung sehr gut gewählter Gründe erörtert er dabei einzelne Fragen, die allerdings nicht von ihm zuerst erörtert sind, welche die Novelle selbst nicht berührt; z. B. über die Wirkung einer Verzeihung von Seiten des Testators bei Justinianischen Enterbungsgründen und über die Frage, ob nach der Novelle eine exheredatio bona mente statthaft sei?

Bei den bekannten großen Streitfragen, die die Novelle darbietet, entscheidet sich Verfasser, nach sorgfältiger und sehr einleuchtender Abwägung aller Gründe, dafür:

1. Bei Verletzung eines Notherben, der zur Zeit der Testamentserrichtung bereits vorhanden ist, ist das verletzende Testament ab initio nichtig. Ein erst später erscheinender Notherbe vernichtet das bis dahin giltige Testament im Augenblicke seines Erscheinens. Ein etwaiges *früheres* Testament ist also im letzteren Falle durch das verletzende Testament aufgehoben, im ersteren nicht.

2. Das alte civile Notherbenrecht der sui und das prätorische der emancipati erklärt Verfasser für durch die Novelle *nicht* beseitigt, also für fortbestehend neben demjenigen neuen Recht, welches die Novelle allgemein neben den Descendenten, also auch ihnen, ertheilt.

Diese zweite Entscheidung dürfte auf den ersten Blick befremden. Die Gründe, welche ihn zu derselben führen, zwingen uns, im Allgemeinen hervorzuheben, daß er auf einem weit höheren Standpunkte steht, als man in den Lehrbüchern zu finden gewohnt ist. So nimmt er mehrfach Gelegenheit, an die Größe, an die Vorzüge, an die starken Seiten des römischen Rechts, im Ganzen wie in einzelnen Sätzen desselben, zu erinnern. Auch erwähnt er mit Recht, daß das römische Recht, trotz all' seiner Strenge und Schärfe, doch niemals das allgemein-menschlich-natürliche Gefühl und die Gesetze der Natur, die z. B. aus den natürlichen Banden zwischen Vater und Kind sich erzeugen, verleugnet habe.

Für die erwähnte zweite Entscheidung nun gibt er von eben diesem seinen erwähnten Standpunkte aus die uns unsererseits vollkommen befriedigende Versöhnung. Er wird gerecht unserer Ehrfurcht vor dem Geiste des römischen Rechts *und zugleich* den gerechten Ansprüchen unserer Zeit auf schöpferische Neubildung veralteter Satzungen. Suum cuique.

„Das Rechtsbewußtsein der Nation," sagt er S. 192, 193, „hat auch den Gesetzen gegenüber die vollste Berechtigung. Sobald es klar und sicher zur Erscheinung kommt, gelangt es auch von selber zur Geltung. Dieß lehrt jedes Blatt

der Rechtsgeschichte. Jene Größe des römischen Rechts, welche die Welt an ihm bewundert, hat dasselbe vorzugsweise dadurch erreicht, daß es diese Berechtigung des Rechtsbewußtseins der Nation mit allervollstem Maße anerkannte. Besonders nachdrücklich aber haben wir diese Freiheit der Behandlung aufrecht zu erhalten gegenüber einem mehr als 1000 Jahre alten Gesetzbuche, das, in einer fremden Sprache geschrieben, fremder Nationalität und fremder Kultur entstammt. Als das einzig Richtige erscheint es dabei, dem nicht mehr zu Ertragenden mit Bewußtsein entgegenzutreten, nicht aber dem Glauben sich hinzugeben, schon im römischen Gesetzbuche sei zu lesen, was doch nichts ist, als der Ausdruck unseres eignen Rechtsbewußtseins. S. 180 sagt er: „Obgleich Justinian's Aussprüche einer Anwendung der zweckmäßigeren Grundsätze klar widersprechen, so macht man doch den Versuch „letztere in die Novelle hineinzuinterpretiren." Jenes Fortbestehen des alten Notherbenrechts für heute unanwendbar erklären, heißt demnach ebenso sehr im Geiste der Römer handeln, wie in unserem eignen. Nichts haben wir von den römischen Juristen bis jetzt uns weniger angeeignet, als das, wodurch sie am größten sind: ihre schöpferische Methode."

Möglich, daß die hier auch den deutschen Juristen vindicirte schöpferische Aufgabe in Zweifel gezogen werden kann, namentlich soweit die Aufgabe des theoretischen Rechtsgelehrten in Frage steht: den ganzen Gedanken haben wir nie so kernhaft und treffend ausgedrückt gefunden, wie hier. — Ausgesprochene Absicht war es dem Verfasser: „nicht nur die Vergangenheit zu begreifen, sondern auch der Gegenwart gerecht zu werden, und zwar gerade vom geschichtlichen Standpunkt aus." — In der Vorrede verspricht er: „durch die That zu zeigen, eine vom Pflichttheilsrechte getrennte Darstellung des formellen Notherbenrechts sei möglich und zugleich angemessen." — Sein Versprechen hat er nicht vollständig gelöst.

Nach einer Notiz derselben Vorrede dürfen wir jedoch auch einer Bearbeitung des Pflichttheilsrechtes von ihm entgegensehen. Dr. A. T.

Die Kategorien des Rechts auf geschichtlicher Grundlage. Von Adolf Helfferich. 8. Berlin. Verlag von Julius Springer 1863. (VIII und 215 S.)

Der Verfasser hat den Leser nicht zum Voraus darüber verständiget, was er unter den Kategorien des Rechts sich denke. Im weiteren Sinne sind Kategorien Momente, welche auf ein Ding, m. a. W. Prädikate, welche auf einen Subjektbegriff bezogen werden, im engeren Sinne aber sind die Kategorien, um es kurz auszudrücken, die Ur- oder Grundbegriffe des Denkens, welche ihm wesentlich inhäriren, und mit diesem engeren Sinne des Wortes wird man wohl den Titel des vorliegenden Buches in Verbindung bringen müssen, wenn man nicht mit einer ganz vagen und oberflächlichen Vorstellung an den Inhalt des Buches gehen soll. Man hat in älterer Zeit bekanntlich den Aristoteles für den Entdecker der Kategorien gehalten, dessen Kategorienlehre insbesondere von den Scholastikern ausgebildet und verbreitet wurde; aber schon vor ihm haben griechische Philosophen sich an der Lösung dieses Problems versucht. Gegen dieses aristotelische Kategoriensystem hat die neuere Philosophie den Vorwurf erhoben,

daß in demselben allgemeine Vorstellungen der Anschauung und Begriffe des Verstandes durcheinander gehen, und Kant, der insbesondere diesen Mangel gerügt, hat die Kategorien als reine Verstandesbegriffe gefaßt, welche a priori auf Gegenstände der Anschauung überhaupt gehen (Kritik der reinen Vernunft. S. W. hrsg. von Rosenkranz II S. 76 f.), indem er unter dem reinen Verstandesbegriff die allgemein vorgestellte reine Synthesis, d. h. Einheit eines Mannigfaltigen der Sinnlichkeit a priori versteht, das von der transcendentalen Aesthetik geliefert wird. Kategorien (reine Verstandesbegriffe) statuirt aber Kant gerade so viel, als es logische Functionen in allen möglichen Urtheilen gibt. Diesen Vorgang, wodurch die in der „gewöhnlichen" Logik bereits „empirisch" gegebenen Arten des Urtheiles zu Bestimmungen des Denkens erhoben werden, statt sie aus dem Denken selbst abzuleiten, in ihrer Nothwendigkeit aufzuzeigen, hat Hegel (Encycl. I S. 90 f.) als unwissenschaftlich (und „sehr bequem") verworfen. Nach ihm erzeugt das reine Denken durch den Prozeß der dialectischen Selbstbewegung die wesentlichen (inneren) Bestimmungen des Seins: die wesentlichen Produkte dieses Prozesses sind die Kategorien, die also eben so sehr nothwendige Momente des Denkens, als immanente Momente des Seins sind, während bei Kant die Kategorien subjektiv sind, zwar dem Denken als solchen zukommen, aber ohne zugleich Bestimmungen des Gegenstandes zu sein. Allein, abgesehen von der irrigen Voraussetzung der Möglichkeit des reinen Denkens, werden von Hegel in diesem Prozesse auch heterogene Momente zu Urbegriffen des Denkens, d. h. zu Kategorien gemacht (Trendelenburg, logische Untersuchungen I S. 280). Ueberall wird so den Kategorien die Funktion zugewiesen, diese Grundbegriffe zu repräsentiren, mag man auch über die Subjektivität oder Objektivität derselben, ihre Ableitung, ihre Zahl und ihre Begriffe im Einzelnen nicht übereinstimmen. Unser Verfasser erklärt sich, wie gesagt, nicht näher über seine Kategorien des Rechts und ihr Verhältniß zur geschichtlichen Entwicklung desselben. Wenn er §. 11 S. 16 sagt: „richtig abgeleitet können die Rechtskategorien nur dann sein, wenn der Rechtsbegriff in ihnen sein eigenes Wesen aufschließt," so ist daran allerdings das wahr, daß — den wahren Begriff vom Recht vorausgesetzt — in solcher „Aufschließung" ein Prüfstein der richtigen Deduktion der „Kategorien" liegen würde, allein wie diese abzuleiten seien, das erfährt man eben nicht. Was der Verfasser in den §§. 1—10 darlegt, enthält weder eine Deduction des Rechtsbegriffs oder der Kategorien, noch auch nur eine feste Grundlage für diese, wohl aber neben Richtigem auch viel Unerwiesenes, Unklares, ja selbst Bedenkliches (vgl. z. B. §. 5 und 6). Etwas näher rückt Helfferich der Sache im §. 12 S. 18, indem er sagt, daß die Rechtsubstanz nur so viele Grundbestimmungen enthalten könne, als es mögliche Beziehungen des Willensvermögens zu dem Gegenständlichen gibt. Diese Beziehungen, die übrigens nicht deducirt werden, sind die der Aneignung, Entäußerung und Ausgleichung (d. i. Entäußerung in der Aneignung und umgekehrt). Diesen Grundbeziehungen entsprechen ohneweiters die drei Hauptkategorien des Rechts: Eigenthum, Schenkung und Vertrag, und diese drei Begriffe müssen ihr Wesen als Hauptkategorien darin zeigen, daß sich alle „Rechtsbestimmungen und Rechtsgeschäfte" ihnen unterordnen lassen. Diese Aufstellung erregt sehr erhebliche Bedenken. Was ist unter den „Rechtsbestimmungen" zu denken?

Soll der Begriff derselben nicht sofort in dem Begriff „Rechtgeschäft" wenigstens zum Theile wiederkehren, so kann man, da auch die Bestimmungen des objektiven Rechts weder erschöpfend noch überhaupt passend diesen Kategorien einzuverleiben sind, darunter nur die den Rechtsbegriffen, resp. Rechten immanenten Bestimmungen (Momente) verstehen, und jene drei Hauptkategorien sind sohin die Grundbegriffe, denen sich alle Rechte und Rechtsgeschäfte unterordnen müssen, woraus die wesentliche Classification der Rechte und der Arten ihrer Entstehung entspringen müßte, was aber, wie ein einziger Blick genügend zeigt, keineswegs der Fall ist. Die Erhebung der Schenkung zur Hauptkategorie ist nach der Meinung des Verfassers eine Nothwendigkeit. „Nie wird es — so sagt er im §. 12 — der Wissenschaft gelingen, einen nicht bloß postulirten, sondern innerlich begründeten Uebergang vom Sachenrecht zum Obligationenrecht nachzuweisen, wenn nicht der Begriff der Schenkung aus seiner untergeordneten Stellung einer besonderen Vertragsweise befreit und zum Range einer Hauptkategorie erhoben wird. Ohne Eigenthum keine Schenkung, ohne Schenkung kein Vertrag." — Es hat den Anschein, daß Helfferich bei dieser Aufstellung die bekannte willkürliche Entwicklung des Rechts bei Hegel zum Ausgangspunkt nahm und verbessern wollte. Bei Hegel erscheint das Recht, nach dem die Menschen nur als abstracte Personen sich zu einander verhalten, darin, daß ein Dasein überhaupt Dasein des freien Willens sei. Die Person muß sich eine äußere Sphäre ihrer Freiheit geben, um als Idee zu sein, und die äußere Sphäre der Freiheit und des Rechts ist das Eigenthum, die Subsumtion einer herrenlosen Sache unter meine Gewalt und meinen Willen. Die zweite Position des Rechts ist sohin der Vertrag. Die zufällige Seite am Eigenthum findet Hegel nämlich darin, daß die Person in *diese* Sache ihren Willen legt; insofern ist dieser Wille Willkür, so daß die Person ihn eben so gut darein legen kann oder nicht, und ihn herausnehmen kann oder nicht. Weil aber der Wille dieser Person in der Sache liegt, so kann nur sie selbst ihn herausnehmen, nur mit ihrem Willen kann die Sache an einen Andern übergehen, dessen Eigenthum sie ebenso nur mit seinem Willen wird; so erzeugt das Eigenthum den Vertrag. Es bedarf kaum einer ausführlichen Erörterung, um nachzuweisen, daß die erste Position Hegel's, das Eigenthum nicht begründet sei; die Ableitung desselben ist eine bloß scheinbare, indem die Behauptungen, daß die Person als Idee sein müsse, daß sie sich eine äußere Sphäre geben müsse, und daß diese Sphäre gerade das Eigenthum sei, ohne wirklichen Beweis hingestellt werden. Ja der Begriff des Rechts selbst ist nicht deducirt, und so, wie er gefaßt erscheint, nicht viel besser als die Willkür. Was aber den Uebergang des Eigenthums zum Vertrage betrifft, so ist die Nothwendigkeit desselben eine bloß vorgestellte, da aus der ganzen Deduction höchstens die Möglichkeit des Vertrages folgt. (Vergl. Philosophie des Rechts §. 71). Das Schema unseres Verfassers ist nun offenbar dieses: der Rechtswille, der sich seiner Natur nach der äußeren Bedingungen zu vergewissern sucht, eignet sich dieselben an, oder er thut das Gegentheil, er entäußert sich dessen, was er sich angeeignet, und zwar kann die Aneignung oder Entäußerung sowol ohne als mit Entäußerung oder Aneignung geschehen, doch ist das Einfache *vor* dem Zusammengesetzten zu denken. Wo aber ist, abgesehen von allem Andern, nachgewiesen, daß das Resultat

der Aneignung gerade im Eigenthume bestehe? Wenn auch Helfferich Eigenthum nicht im technisch-juristischen Sinne, sondern in einer ungebührlich weiten Bedeutung nimmt, so verschwindet dadurch die Schwierigkeit nicht, sondern sie wächst vielmehr, weil auch im Vertrage eine Aneignung, Vergewisserung äußerer Bedingungen liegt, und damit der Gegensatz zwischen der ersten und dritten Kategorie verschwindet. In der Entäußerung, wenn sie ohne Aneignung geschieht, liegt dagegen kein Sich-Vergewissern äußerer Bedingungen, mithin ist, wenn man alle drei Beziehungen von der Seite desselben Subjektes aus betrachtet (wie es, um konsequent zu bleiben, doch geschehen muß), die Schenkung kein Durchgangspunkt zum Vertrag, sondern es bleiben als wesentlich nur Eigenthum und Vertrag; die Begründung dieser „Kategorien" mag der spekulative Leser des Buches selbst versuchen. — Es wäre übrigens gar Manches noch gegen die vermeintlichen Kategorien unseres Verfassers zu erinnern. So zeigt sich im Verhältniß derselben zu den ihnen entsprechenden Grundbeziehungen des Willens die Discrepanz, daß Aneignung und Eigenthum — als Ursache und Wirkung — nicht identisch sind, während Schenkung und Entäußerung, Vertrag und Ausgleichung eigentlich zusammenfallen. An sich decken sich Schenkung und Entäußerung allerdings nicht, denn die Derelikion ist keine Schenkung, der Verzicht nicht wesentlich Schenkung. Was soll man ferner unter der Herrschaft dieser Kategorien mit den Obligationen aus unerlaubten Handlungen beginnen (vergl. Anm. 1 zu §. 21, S. 30)? Wenn endlich die Schenkung auch im Vertrage nicht aufgeht, so bildet sie doch keinen Gegensatz zum Vertrage. Der gänzlich verfehlte Formalismus dieses Kategorienschema's tritt recht deutlich in der Anmerkung zum §. 12 hervor, wo der Verfasser lehrt: das Eigenthum stelle den Subjektbegriff im Rechte dar, dieser erweitere sich mittelst der Schenkung durch das aus dem einfachen Begriffe herausgearbeitete Prädikat zum Rechtsurtheil, worauf der Vertrag in Form eines Schlusses zwei Eigenwillen in eine immanente Beziehung zu einander bringe! Die Schenkung verliert bei Helfferich gänzlich ihren bestimmten juristischen Charakter; man soll sie (§. 53, S. 97) nicht als einen Akt definiren, wodurch der Schenker einem andern freiwillig und unentgeltlich einen pekuniären Vortheil gewährt, noch soll man ihren juristischen Begriff ohne Weiteres von der Wohlthat, Gefälligkeit und letztwilligen Zuwendung abscheiden, — denn Alles, was sich eigenthümlich erwerben läßt, lasse sich unter Umständen auch verschenken. Die Angehörigkeit von obrigkeitlichen und Ehrenrechten wird aber als etwas Relatives anerkannt (§. 54, S. 99), das sich mit unbedingter Verschenkbarkeit nicht verträgt. Ihre wahre Bedeutung soll die Schenkung in der Familie bekommen: sie erhält sie und bezieht sich auf alle Funktionen, welche den Fortbestand des Hauses bedingen! Auch die dos ist eine Schenkung (§. 55, S. 100). — Aehnlich wie die Schenkung wird der Vertrag hier in eine Stellung gebracht, in der er sich selbst widerspricht. Zuerst erscheint das Wesen des Vertrages darin, daß der Rechtswille, der sich mit einem andern verträgt, im Aneignen entäußernd, im Entäußern aneignend verfährt; dann erscheint der Vertrag im §. 78 (S. 144) als die aus der Erklärung zweier Rechtswillen entstandene gegenseitige Verbindlichkeit, und im §. 23 (S. 32) ist er das durch vollständige Gegenseitigkeit bewirkte Gleichgewicht zwischen Verbindlichkeit und Forderung, — dann aber wird im

§. 96 (S. 72) doch wieder zwischen einseitigen und zweiseitigen Verträgen unterschieden und die Zweiseitigkeit darin gefunden, daß Leistung und Gegenleistung für den Geber und Empfänger in der vernunftmäßigen Vorstellung gleichen Werth haben, ohne daß nach objektiver Bemessung diese beiden subjektiven Werthschätzungen sich vollkommen zu decken brauchen. Der einseitige Vertrag ist entweder Eigenthums- oder Schenkungsvertrag, welch' letzterer u. A. die dos, das depositum, commodatum, mandatum in sich aufnehmen muß (§§. 93, 94)! — Die Willkür, mit welcher unser Verfasser nicht blos etwa zweifelhafte, sondern auch ganz feststehende juristische Begriffe behandelt und zu verdrängen sucht, zeigt sich ganz vorzüglich in den Detailkonstruktionen, aus denen Einiges im Nachfolgenden als Beleg dafür stehen mag, daß die Rechtswissenschaft den Kategorien des Verfassers keine Förderung zu danken habe. — Das Eigenthumsrecht wird, wie bereits erwähnt, in einem ungebührlich weiten Sinne genommen; eigenthümlich erwerben lassen sich, nach H., auch Rechtsverbindlichkeiten, denen der erwerbende Wille einen beliebigen Zuwachs zu seinem Vermögen oder seiner Machtvollkommenheit zu danken hat (§. 30, S. 54); Vermögen ist aber, auch im objektiven Sinne, Alles, was „der Wille inne hat", und zur Innehabung gehört keineswegs, daß der Wille das, so man inne hat, in seiner leiblichen Gewalt habe, sondern es genügt schon, wenn er die „Macht darüber in seinem Innern hat" (§. 13, S. 19). Mit Unrecht beruft sich H. darauf, daß auch die Römer das Wort dominus zur Bezeichnung noch anderer Rechte, als des wahren Eigenthums, gebrauchten (§. 37, S. 54); denn diese Bezeichnungsweise kommt bei den römischen Juristen nur ausnahmsweise vor, und hat nicht die Tendenz, gewisse andere Rechte mit dem Eigenthume auf eine Linie, unter die nämlichen Rechtssätze zu stellen, sondern es wird dadurch das Subjekt des Rechtsverhältnisses, ohne Unterschied seines Inhaltes (mit einem generellen Ausdrucke) angedeutet; vergl. z. B. L. 48 pr. D. de heredib. instit. (XXVIII, 5) oder L. 8 pr. D. de reb. auct. (XLII, 5). Der Verf. zieht die Konsequenzen aus seinem Eigenthumsbegriffe bis zum Aeußersten. „Was zur Familie gehört, fällt .. unter den Begriff des Eigenthums, ohne daß die Familienangehörigen darum den dinglichen Objekten schlechthin gleichzusetzen wären" (§. 33, S. 64), und „das edelste Eigenthum bildet die Ehre" (§. 45, S. 85)! Was soll das wesentlich Verschiedene durch solches Zusammenwerfen unter einem willkürlich geschaffenen Genus gewinnen? Doch hören wir weiter. Einmal entspricht das Eigenthum der Aneignung, und, was „nicht unmittelbar oder mittelbar occupirt wurde, gehört nicht zu Eigen" (§. 27, S. 43), ein Satz, den man hingehen lassen mag, wenn die eigentliche Bedeutung von „occupiren" nicht urgirt wird, später aber (§. 27, S. 44) wird die Occupation nur als der Akt der Aneignung, als unmittelbares Besitzergreifen anerkannt, das sich in ideales und gesetzliches Eigenthum nur unter der Voraussetzung umwandelt, daß der Aneignungsprozeß als dauernde Beziehung zwischen Willen und Gegenstand fortgesetzt wird! Die Richtigkeit dieses Satzes dürfte wohl von Manchen bezweifelt werden; weder die Natur des Eigenthums, noch die der Occupation leiten von selbst darauf hin, um so mehr ist zu bedauern, daß H. die Deduction dieses Satzes unterlassen hat; wäre ihm solche gelungen, so hätte er sich die nationalökonomisch-statistische Ausführung in der Anmerkung 2 zu §. 27 (S. 45) über-

dieß ersparen können. — Während aber die Occupation in ihrer Eigenthumswirkung so eigenmächtig beschränkt wird, vindizirt der Verfasser dem Eigenthume (im wahren Sinne?) Unbeschränktheit. „Der Begriff des Eigenthums duldet keinerlei Einschränkung, echtes Eigenthum ist unzertrennlich von unbedingter Verfügbarkeit, und wo diese gesetzlich nicht gefordert werden kann, da sinkt das Eigenthum zum bloßen Besitz herab" (§. 15, S. 22). Ist diese Behauptung vom Standpunkte der aprioristischen Rechtskategorie des Eigenthums aufgeworfen, oder soll der bezügliche Gedanke dem römischen Rechte insinuirt werden? Beim Miethvertrage erinnert eine Bemerkung des Verfassers an die letztere Annahme. Der römische Satz „Kauf bricht Miethe" wird nämlich, statt aus dem Wesen der Obligation, aus dem „herrischen Eigenthumsbegriff" abgeleitet, der „beim Uebergang der Sache aus einer Hand in die andere keine Einschränkung durch untergeordnete und abgeleitete Vertragsverhältnisse duldete" (§. 100, S. 177). — Das begriffliche Moment der „Verjährung" liegt darin, daß ein Rechtswille aufgehört haben muß, einen Gegenstand zu occupiren, damit ein anderer mit Zustimmung des Gesetzes sich desselben bemächtigen dürfe (§. 31, S. 56). „Nicht, weil der Ersitzer einen Eigenthumstitel erworben hat, erlischt das Recht des Eigenthümers, sondern weil dieser ihn hat erlöschen lassen, erlangt der Erwerb von jenem gesetzliche Kraft. Die Acquisitiv-Verjährung ist demnach eine Folge der Extinktiv-Verjährung." Hätte der Verfasser in diese Deduktion das Moment des Gesetzes nicht eingemischt, so dürfte man glauben, daß er durch die Aufstellung und Verbindung der Begriffe „Erlöschung" und „Occupation" wenigstens die „Ersitzung" als eine ursprüngliche Rechtskategorie habe statuiren wollen; auf die sogenannte erlöschende Verjährung paßt der ganze Gesichtspunkt von vornherein nicht. Die Verjährung und die Ersitzung sind positive Institute, welche ihre Einführung einem der utilitas publica entsprungenen Bedürfnisse verdanken, und sich nicht durch beliebiges Herausnehmen und Kombiniren einzelner Momente, die mit noch anderen als Gründe dieser Einführung erscheinen, richtig konstruiren lassen. — Der unredlich erworbene Besitz, heißt es (S. 57), bleibt für alle Zeiten anfechtbar, weil er im Widerspruche mit der „gesetzlichen Substanz" steht, bis ihn ein Gesetz legitimirt. Kann ihn das Gesetz legitimiren, und warum? Gilt dasselbe auch vom unrechtmäßigen Besitz? Helfferich sagt, unmittelbar nachdem er den unredlichen Besitz abgethan: „wie überhaupt kein einzelnes Rechtsverhältniß in absolutem Sinne verstanden werden darf, so ist auch der unrechtmäßig" (unredlich?) „erworbene Besitz an sich nicht schlechthin unersitzbar. Eine Einschränkung liegt bereits darin, daß der an seinem Eigenthume Beschädigte, der es unterläßt, den Schutz des Gesetzes rechtzeitig anzurufen, seines Klagerechtes einmal verlustig gehen muß"; sollte dann „die Obrigkeit dennoch in die Lage kommen, dem Besitzer das von ihm widerrechtlich in Besitz Genommene abzunehmen, so fordert die Rechtsvernunft, daß der Anspruch des Eigenthümers .... zum Besten der Rechtsgenossenschaft verwendet werde". Wenn nun der fehlerhafte Besitz doch nicht schlechthin unersitzbar ist, so entsteht die Frage, wann er ersitzbar sei, damit die Obrigkeit nicht nach der Verjährungszeit auf den Anspruch zum Besten der Rechtsgenossenschaft greifen könne? Darüber erhält man keinen genügenden Aufschluß, eben so wenig darüber, warum der fehlerhafte Besitz doch nicht schlechthin unersitzbar ist. Die

angebliche Relativität desselben enthält keinen überzeugenden Grund, denn sie ist hier als etwas ganz Unbestimmtes, Leeres hingestellt. — Höchst willkürlich geht der Verfasser auch mit den Servituten um. Zunächst erklärt er es für unlogisch, Prädial- und Personal-Servituten unter Einem Gattungsbegriffe zusammenzustellen, weil diese Rechte „nicht das Geringste gemein haben" (§. 80, S. 147); jene stellt er unter die Kategorie „einseitiger Eigenthumsvertrag" (S. 148), diese unter die Kategorie „einseitiger Schenkungsvertrag" (§. 85, S. 153); weiters soll die Servitut dem Obligationen-Recht angehören (§. 82, S. 149); sie ist undenkbar ohne vermittelnden Rechtswillen (§. 80, S. 46); die römischen Prädialservituten aber *können* nicht privatrechtlich, sondern ursprünglich nur durch obrigkeitliche Bestellung entstanden sein, weil der römische Eigenthumsbegriff solcher Belastung widerstrebt (§. 81, S. 147). Sehr mangelhaft ist auch das, was H. über die geschichtliche Entstehung der Emphyteuse und Superficies vorbringt; nur das ist richtig, aber freilich auch längst erkannt, daß die gesetzlichen Normen über diese iura in re zum Theile darauf hinweisen, daß das eine wie das andere aus ursprünglich obligatorischen Verhältnissen sich gebildet haben (§. 78, S. 156 f.). — Was der Verfasser über die Obligationen beibringt, scheint mir im Wesentlichen nicht gelungener, als das Uebrige. Hier wird der juristischen Doktrin der Vorwurf gemacht, daß sie in der Obligation stets ein Handeln voraussetze, während doch der Wille sich auch zu einem Nichthandeln verpflichten lasse (§. 78, S. 143). Man empfängt (S. 144) die Lehre, daß man von „Leistungen" statt von „Handlungen" sprechen müsse! „Wie beschaffen die versprochene Leistung (aber) auch sein mag, die ausgesprochene Absicht, ein Gegenständliches, sei es als Sache (dare), sei es als Dienst (facere, praestare) aus dem Rechtswillen zu entlassen und dem sich vertragenden Subjekte einzuverleiben, muß allen anderen Erwägungen und Handlungen vorausgehen. Wer über eine solche freiwillige Selbstbelastung mit sich nicht im Reinen ist, dem fehlt der animus contrahendi, denn um einen andern zu obligiren, muß man sich zuvor gegen ihn obligirt haben" (S. 30, §. 21). Wie soll es aber dem Andern gelingen, jenen Ersten sich zu obligiren, da man stets mit der Selbstbelastung den Anfang machen muß? Von den Römern wird (§. 78, S. 143) gesagt, daß bei ihnen anfänglich die obligatio *stets* die Folge eines *Gebens* gewesen sei, und daher stamme die Vorstellung einer thatsächlichen Gegenseitigkeit, verschieden von dem Begriffe der *idealen* Einigung zweier Willen zu einem Gemeinsamen, wie sie der Vertrag voraussetze und der Konsensualvertrag am angemessensten realisire (vergl. auch §. 21 a. E., S. 30). Wunderlich ist namentlich, wie der Verfasser die eigenthümliche Gestalt der römischen Cession erklärt. „Wer eine übernommene Verbindlichkeit strenge nach dem Buchstaben der Uebereinkunft erfüllt hat, der fordert unnachsichtlich die Gegenleistung, *die in Folge der geschehenen Leistung ein Bestandtheil seines Willensvermögens ist*" (§. 22, S. 32). Darum ist die Cession nur als cessio actionis, nicht aber als cessio obligationis möglich; der „persönlich erworbenen und angeeigneten" Forderung kann nicht ein anderer Rechtswille „substituirt" werden, weil sich Niemand seines Willens entäußern kann (Anmerk. 2 das.). Wenn nun auch die Leistung „Bestandtheil" des berechtigten Willens würde, so wäre doch erst zu erweisen, daß sie dieß in anderer Weise, als bei einer Sache der Fall ist,

werden müßte, daß man sich also derselben nicht eben so entäußern könnte, wie einer Sache, wodurch man sich doch seines Willens nicht entäußert (vergl. S. 24 Anm. 1 zu §. 16). Allein die Leistung wird nach H. erst in Folge einer geschehenen Vorleistung Bestandtheil des Willens; wo es sich um solche nicht handelt, fällt der ganze Standpunkt von selbst zusammen. — Die Bürgschaft kommt unter die „Pflegschaft", und diese so wie das Erbrecht unter die Rubrik „Schenkung" zu stehen. Weil die Bürgschaft eine Art „Pflegschaft" ist, erscheint sie als wohlthätige Zuwendung; aber sie ist deswegen doch nicht blos Schenkung (§. 66, S. 126). Dieser Gesichtspunkt verwirrt offenbar die Sache mehr, als er sie aufklärt. Soll er nicht in eine bloße Phrase sich auflösen, so müßte daraus gefolgert werden dürfen, daß im Zweifel der animus donandi des Bürgen zu präsumiren sei. Außerdem kann man wohl auch in rem suam Bürge werden. — Den Unterschied zwischen tulela und cura reducirt Helfferich (§. 63, S. 121, 122) darauf, daß der Tutor ein „Ersatzmann", der Curator ein „Beistand" sei. Worin aber die Differenz dieser Stellungen liege, wie weit sie strenge richtig sei, und warum insbesondere der furiosus (pubes) nicht einen Ersatzmann, sondern nur einen Beistand erheische, bleibt unaufgeklärt. — Wie leicht der Verfasser mit seiner Aufgabe sich abfindet, zeigt insbesondere die Art und Weise, in welcher er die Frage nach der Verbindlichkeit der Verträge erledigen zu können meint. Diese Frage erklärt er (§. 74, S. 137) als eine solche, die vom rechtlichen Standpunkte aus müssig sei; die Idee des Vertrages sei gleich der Idee jedes anderen Rechts in dem vernünftigen Wesen des Willens, wovon der Rechtswille eine bestimmte Aeußerungsweise bildet, begründet; für die Haltung der Verträge sorge übrigens das Gesetz gerade so, wie für den Bestand jedes Einzelrechts. Diese Berufung auf das Wesen des Rechtswillens könnte hingehen, wenn H. im §. 12 die postulirten Grundkategorien deducirt hätte! — Das ungünstige Urtheil, welches im Vorstehenden über das gegenwärtige Buch gefällt wurde, ließe sich leicht durch eine weitere (reiche) Sammlung auffallender und ganz unmotivirter Behauptungen des Verfassers noch mehr erhärten; doch dürfte das hier Beigebrachte zur Rechtfertigung desselben wohl genügen, und es mögen zum Schlusse nur noch einige Bemerkungen über die „geschichtliche Grundlage" der Rechtskategorien einen Platz finden. Sollten die Rechtskategorien mit der Geschichte des Rechts wissenschaftlich verknüpft werden, so müßten entweder: diese sogenannten Kategorien oder Urbegriffe des Rechts aus der Idee desselben in ihrer Beziehung auf die Rechtsverhältnisse deducirt werden, und es wäre sohin die Art ihrer Verwirklichung in dem geschichtlichen Prozesse, auf dem das Recht der Gegenwart ruht, aufzusuchen, beziehungsweise nachzuweisen; oder: es wären in diesem Prozesse die leitenden Grundbegriffe aufzufinden, in ihrer geschichtlichen Bewegung zu verfolgen, und an die Resultate dieser Untersuchung käme sohin der Maßstab der Kritik anzulegen. Dieser letztere Gang scheint derjenige zu sein, den man in H.'s Buche dem Titel gemäß erwarten durfte, indem dieser die Geschichte als Grundlage der Kategorien in Aussicht stellt. Von dem Allen findet man aber in dem Buche Nichts. Das historische Material ist rhapsodisch aneinandergereiht, sehr unvollständig und vielfach falsch. Derlei abstrakte Uebersichten, wie z. B. die Geschichte der römischen Testamentsformen (S. 107), oder jene der römischen Vertragsformen (S. 108 f.)

mögen, selbst wenn sich in dieselben keine Unrichtigkeiten einschleichen, höchstens zum Behufe einer Rekapitulation dienen, nie aber werden sie den Zweck erreichen, klare Einsicht in den geschichtlichen Bildungsgang eines Rechtssystems zu gewähren. Eine detaillirte „innere" Rechtsgeschichte zu liefern, könnte allerdings kein Sachverständiger als die Aufgabe eines Werkes betrachten, wie es das vorliegende zu werden verhieß, aber zwischen einer vollständigen, vollendeten Rechtsgeschichte und solchen gelegentlich in allerlei Raisonnements eingeflochtenen Antiquitäten liegt eine große Kluft; die Wahrheit aber ist zwischen beiden Extremen zu finden. D.

Uebersicht der österreichischen Gesetzgebung über Civilprozeßrecht bis zum Schlusse des 16. Jahrhunderts. Von Dr. Johann Schenk. Wien 1864, bei Manz und Komp.

Mit diesem Buche wollte der Verfasser eine Skizze der äußeren Prozeßgeschichte Oesterreichs geben, und er hat sich damit einer Aufgabe unterzogen, welche Anerkennung verdient. Wie wichtig eine Durchforschung der Quellen gerade jetzt in einer Zeit gründlicher Reformen ist, braucht nicht erst bemerkt zu werden. Die Geschichte, welche die Gegenwart mit der Vergangenheit organisch verbindet, duldet nicht Rechtsverhältnisse, die den nationalen Anschauungen, den Gewohnheiten, dem Rechtsbewußtsein des Volkes entgegen sind, denn das Recht wurzelt in den Verhältnissen des menschlichen Lebens; sie ist es, welche die lebensfähigen Rechtsgebilde früherer Zeiten für die Gegenwart nutzbar macht. Die wissenschaftlich betriebene Beschaffung eines für die rechtsgeschichtliche Verarbeitung brauchbaren Quellenvorrathes ist demnach eine dringende und wichtige Aufgabe, welche der Verfasser mit Geschick gelöst hat. Nach ihm sind für die Prozeßgeschichte des österreichischen Kaiserstaates drei Gruppen zu unterscheiden, deren erste die beiden Erzherzogthümer ob und unter der Enns, und die mit dem Namen Inner- und Vorderösterreich bezeichneten Gebiete nebst Tirol umfaßt, deren zweite sich auf die Länder der böhmischen Krone erstreckt, und deren dritte die italienischen Provinzen nebst Triest, Südtirol, Dalmatien und das Littorale in sich begreift. Die Darstellung erstreckt sich aber nur auf die Denkmäler der beiden ersten Ländergruppen, und sie geschieht chronologisch, da es dem Verfasser vorweg um die Sammlung und Uebersichtlichkeit des Materiales zu thun ist. Als die ältesten Denkmäler werden von den Landgesetzen die Landesordnung für Niederösterreich aus dem 12. oder 13. Jahrhundert, und von den Stadtrechten das Wiener Stadtrecht vom Jahre 1221 genannt.

Die Resultate, welche die Forschung für den Stand des Prozesses im 16. Jahrhunderte geliefert hat, sind: 1. Im 16. Jahrhunderte gilt noch in ganzen einzelnen Ländern (z. B. in Steiermark) der öffentliche, mündliche Prozeß; 2. in den böhmischen Ländern bestand der böhmische Prozeß, vermengt mit deutschen Trieben; 3. in Tirol neigte man sich bereits dem schriftlichen Verfahren zu, und 4. in Ober- und Niederösterreich war bereits die Heimlichkeit und Schriftlichkeit der Prozedur eingetreten. Was insbesondere das Verhältniß des österreichischen Prozesses zu dem gemeinen deutschen Prozesse anbelangt, so bemerkt der

Verfasser, daß dieser auf die Statuten der deutsch-österreichischen Ländergruppe unzweifelhaft einwirkte, so wie der sächsische Prozeß auf die böhmischen Land- und Stadtrechte einen unverkennbaren Einfluß ausübte (S. 13). Im Anhange folgt die Darstellung dreier österreichischer Prozeßordnungen aus dem 16. Jahrhundert und zwar der Reformation des Steyer'schen Landrechts vom J. 1533 (deren Text auch abgedruckt ist), der Landrechtsordnung des Erzherzogthums ob der Enns vom 10. Sept. 1535 und der Prozeß- und Landrechtsordnung des Erzherzogthums Oesterreich unter der Enns vom 18. Februar 1557. Die letzterwähnte Prozeßordnung „war das erste ausführlichere österreichische Gesetz auf schon ganz vollendeter Basis des Schriftlichkeitsprinzipes" (S. 96).

Dr. J. Prix.

Der österreichische summarische Prozeß. Mit Benutzung ämtlicher Quellen von Dr. Johann Schenk. Wien 1864 bei Braumüller.

„Mit Benutzung ämtlicher Quellen." Also soweit ist es in Oesterreich doch wieder gekommen, daß man wissenschaftlichen Bestrebungen die Archive öffnet. Wir nehmen mit Vergnügen Akt davon. Im Jahre 1852 war es noch anders. Damals verkannte das Justizministerium zwar nicht, daß es der Doctrin erwünscht sein mag, aus den unmittelbaren Quellen die nöthigen Aufklärungen für die richtige Lösung erhobener Zweifel zu schöpfen, aber die „ämtlichen Verhältnisse und anderweitigen Rücksichten" ließen es dennoch nicht zu, die Einsicht in die Amtsakten zu gestatten; deren Studium war damals selbst dem Fachprofessor verwehrt*). Man kann wol schon daraus erkennen, wie wenig man damals im Bereiche der Gesetzgebung eine Reform unseres Civilprozesses an Haupt und Gliedern anstrebte, wie man vielmehr mit den leitenden Prinzipien desselben und insbesondere mit jenen des summarischen Verfahrens vollkommen einverstanden war. Das weithin tönende, wissenschaftlich begründete und auch legislativ be-

*) S. die Mittheilung im 10. Bande dieser Vierteljahresschrift, S. 144, Note 18. — Dagegen lautet das Schreiben, das der jetzige Justizminister an denselben Fachlehrer richtet, wie folgt: „Seit einer Reihe von Jahren verehrt E. M. das In- und Ausland als den Vorkämpfer für die Reform des Civilprozesses, als den ebenso warmen als beharrlichen Streiter für die Grundsätze der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit in dem civilgerichtlichen Verfahren. — Ich glaube nur eine Pflicht der Anerkennung zu erfüllen, wenn ich mir die Ehre gebe, E. M. ein Exemplar des von der Bundes-Kommission in Hannover nach den Beschlüssen der ersten Lesung ausgearbeiteten Entwurfes einer deutschen Civil-Prozeßordnung, so weit derselbe bisher redigirt ist (§. 1—447) sammt den dazu gehörigen Berathungsprotokollen zu übersenden. — Das rege Interesse E. M. für die Verwirklichung jener Reformen, die von E. M. stets durch Wort und Schrift angestrebt wurden, berechtigt mich zu der Hoffnung, daß E. M. der kritischen Beleuchtung und Besprechung dieser hochwichtigen legislatorischen Arbeit Ihre Mitwirkung nicht vorenthalten werden. Genehmigen E. M. die Versicherung meiner vorzüglichsten Hochachtung.

Wien, am 6. März 1864.

währte Wort: „Oeffentlichkeit und Unmittelbarkeit des Prozesses, Theilung der Functionen der Partheien von jenen des Richters, Unabhängigkeit des Richterstandes, Selbstständigkeit der Advokatie, hatte bei uns an maßgebender Stelle noch keinen Boden gefunden. In dem auf der Schriftlichkeit, der Allmacht des Richters, der Vernichtung eines unabhängigen Advokatenstandes beruhendem sogenannten summarischen Verfahren, sah man das Heil der künftigen Justiz. Und worin bestehen die Vortheile dieses Verfahrens? Ist es etwa weniger schriftlich als das ordentliche, läßt es weniger Reden der Partheien zu oder kürzt es dieselben; lehrt nicht täglich das Leben, wie die Tagsatzungen anwachsen, bis ein „summarischer" Prozeß nur zur Inrotulirung reif geworden ist? Sind die Protokolle etwa kurze Notizen einer hiezu berufenen Amtsperson über eine durchgeführte mündliche Verhandlung? Gilt bei den Erkenntnissen des summarischen Verfahrens nicht auch der Grundsatz: quod non in actis, non est in mundo? Wer instruirt den Summarprozeß, wer vertritt den Kläger, wer den Geklagten und wer entscheidet? Alles dieses thut der Richter allein — wenigstens liegt dieß in der Intention des Gesetzes. Die wenigen Kürzungen der Fristen, des Verfahrens bei Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, die Ausschließung von Rechtsmitteln in einigen Fällen, sind an sich nicht bedeutend und jedenfalls gegenüber den Nachtheilen winzig, welche durch die Einführung des Inquisitionsprinzipes für die Unabhängigkeit der Rechtspflege, für das Vertrauen des Volkes in die Justiz entstanden. Es ist für die im J. 1845 maßgebend gewesene Anschauung der Gesetzgebung charakteristisch, daß, wie der Verfasser S. 169 mittheilt, bei der Berathung des famosen §. 25 des Gesetzes nur Baron Härdtl für die Befreiung des Richters von Geschäften in die Schranken trat, welche ihm ohne sein Ansehen, seine Unabhängigkeit, seine Gerechtigkeit zu gefährden, niemals aufgegeben werden können. Er beantragte die Ablehnung des Satzes, daß der Richter beide Theile zur Benützung der erforderlichen Beweismittel aufzufordern habe, weil „es für eine unbefangene gegen alle Parteien gleiche Rechtspflege sehr bedenklich wäre, die Grundsätze aufzugeben, daß der Richter die Sache der Parteien nicht auf sich nehmen, das was sie zu thun und zu begehren haben, nicht in den Mund legen und das, was ihm aus andern Verhandlungen oder gar aus Privatnotizen bekannt ist, nicht einmengen solle, — Grundsätze, die nie aufhören werden, der Justiz ihre allein natürliche Basis zu geben." Die Kritik kam dem neuen Gesetze nicht freundlich entgegen, rückhaltlos deckte sie die Fundamentalschäden desselben auf und derzeit können die Akten über seinen Werth als geschlossen betrachtet werden: es gibt keinen Juristen, der jetzt mehr dessen Vertheidigung übernehmen würde. Dennoch machte das summarische Verfahren seinen Weg und erstreckte sich nach und nach über einen großen Umfang des prozessualischen Gebiethes, ja es wurde in den provisorischen Civil-Prozeßordnungen für Ungarn und Siebenbürgen sogar zur Regel. Dieß haben vorzugsweise die politischen Zustände Oesterreichs bewirkt, es trug aber auch nicht wenig die Praxis der Gerichte selbst dazu bei, welche ihre großen Vorrechte nicht ausbeuteten, sondern dieselben oft und soweit es eben möglich war, namentlich der Advokatie gegenüber, auf sich beruhen ließen, wodurch die Widernatürlichkeit des Prinzipes nicht so fühlbar wurde. Diese Thatsache darf darum nicht ignorirt werden, weil sie am

Besten zeigt, daß auch die Praxis von der Unhaltbarkeit des Gesetzes überzeugt war. Das Streben, die Einheit und Gleichförmigkeit der Gesetzgebung in der ganzen Monarchie auf dem kürzesten Wege durchzuführen, erzeugte den Gedanken, die provisorische C. P. O. für Ungarn in allen übrigen Ländern der Monarchie zur Geltung zu bringen, einen Gedanken, welchem Haimerl (Magazin 16. Band S. 311 fg.) mit aller Entschiedenheit entgegentrat, indem er die Einführung einer neuen fundamental geänderten Civil-Prozeßordnung, basirt auf dem Prinzipe der Unmittelbarkeit und Oeffentlichkeit, forderte. Die Wissenschaft war darüber längst mit sich einig — die Gesetzgebung Oesterreichs schreckte aus anderweitigen Rücksichten davor zurück — deren Resultate zu benützen, und so blieben Prozeßgesetze in Geltung, die faktisch längst abgestorben waren. Unter solchen Verhältnissen will der Verfasser ein System des österr. Civil-Prozesses verlangen! Wer sich dieser Aufgabe unterzöge, müßte den ganz unfruchtbaren Muth haben, die Archive zu bereichern und den Kampf gegen die Forderungen der Wissenschaft zu bestehen. Auch der Verfasser hat es nicht unternommen, das summarische Verfahren systematisch zu bearbeiten. Er begnügte sich damit, Auszüge aus den Berathungsprotokollen mitzutheilen, welche ebenso anziehend als lehrreich sind, aber bei dem jetzigen Stande der Prozeßwissenschaft und ihrer Bestrebungen doch nur ein mehr historisches Interesse haben. Es dünkt uns die Arbeit als ein sehr schätzbares Materiale für den künftigen Geschichtsschreiber des österreichischen Civil-Prozesses, wir glauben aber nicht, daß der Verfasser auch den andern Zweck erreicht, „beigetragen zu haben, daß die Prozedur während der noch übrigen Zeit der Geltung des Summargesetzes ganz den Intentionen der Gesetzgebung gemäß geübt werde." Das Gesetz ist zu sehr veraltet, sein baldiger Untergang zu gewiß, als daß noch vor seinem Verscheiden eine Aenderung der bisherigen Auffassung in der Praxis eintreten dürfte. Diesen Mittheilungen geht ein historischer Theil voraus, in welchem in kurzen Zügen eine geschichtliche Skizze des Summarverfahrens vor der Josefinischen Gerichtsordnung, nach derselben und zur Zeit der Erlassung des 1845er Patentes gegeben wird (S. 27—113), und welche um so interessanter und überzeugender wäre, wenn nicht selten neben glänzender Diction ein häßlicher nebelhafter Phrasenstil beliebt worden wäre, welcher in folgender Stelle seinen Höhepunkt erreicht: „In allen Stadien des alten Prozesses zeigen sich Breschen in die früheren Prozeßmauern und der Epheu der protokollarischen Schriftlichkeit an die Ruinen des alten Prozesses sich anschmiegend, mahnt an die Vergänglichkeit des Gebäudes. Aber wie die Mauern einstürzend den Epheu mit im Schutte begraben, so wird auch diese Schmarotzerpflanze nur zur Düngung unseres juristischen Bodens dienen, wenn die juristischen Trompeten von Jericho einmal ihre ernsten Töne erklingen lassen" (S. 108). Es ist Schade, daß gerade eines der besten Kapitel des Buches (XVIII) über das Verhältniß des österr. Summarprozesses zum ordentlichen und zum Publikum durch solchen Bombast verunstaltet wird. Auch will uns die seltsam gedrechselte Vorrede nicht behagen, in welcher der Verfasser vor Selbstbewußtsein zu bersten droht.

Dr. J. Prix.

Abhandlungen der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften rechtsgeschichtlichen Inhalts.

Es sind in neuerer Zeit so viele Rechtsquellen publicirt, die Benützung der bereits bekannten durch treffliche, allen Anforderungen der Texteskritik entsprechende Ausgaben so leicht und sicher gemacht worden, daß es an der Zeit zu sein scheint, einzelne Lehren im Gebiete des deutschen Rechtes auf Grund des ganzen nunmehr zu Gebote stehenden Quellenapparates einer neuerlichen, sorgfältigen Revision zu unterwerfen. So manche Ansicht, die sich in Folge einer einseitigen oder mangelhaften Untersuchung bisher aus einem Lehrbuch in das andere verschleppt hatte, würde dadurch gereinigt, so mancher falsche Begriff berichtigt werden, so manchem Institute würde erst sein richtiger Platz angewiesen. Insbesondere liegen in den deutsch-österreichischen Rechtsdenkmälern reiche Quellen für die allseitige Erkenntniß des deutschen Rechts und seines Entwicklungsganges verborgen, die bisher von den deutschen Rechtshistorikern nur sehr spärlich benützt worden sind, und erst seit Kurzem können wir die erfreuliche Thatsache constatiren, daß man auch den österr. Rechtsquellen seine volle Aufmerksamkeit zuzuwenden beginnt. Allerdings findet diese mangelhafte Berücksichtigung, abgesehen von anderen Ursachen, vorzüglich darin eine Entschuldigung, daß in Oesterreich früher die Publication rechtsgeschichtlicher Quellen mehr oder weniger dem bloßen Zufalle überlassen war und der Mangel an kritischer Behandlung die Benützung der wenigen edirten Rechtsdenkmäler größtentheils unsicher und unerquicklich machte. Seitdem nun aber auch hier wenigstens die wichtigeren derselben in brauchbaren Editionen vorliegen — wir verweisen beispielsweise nur auf die Rössler'schen Ausgaben der deutschen Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren — wäre es unverantwortlich, so reiche Quellen für die Erkenntniß des deutschen Rechtes bei Seite zu lassen, ohne aus ihnen mit vollen Zügen zu schöpfen, und sie für die Erweiterung unserer bisherigen Kenntnisse zu verwerthen Wir machen im Nachfolgenden auf drei gediegene Abhandlungen aufmerksam, deren Publicirung wir der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften verdanken, von denen die erste von H. Siegel einen nicht unwesentlichen Theil der Ergebnisse der Untersuchung über ein im ältern deutschen Rechtsgange wichtiges Institut aus deutsch-österreichischen Rechtsquellen schöpft, die zweite von E. Osenbrüggen die deutschen Rechtsalterthümer von J. Grimm in willkommener Weise aus österreichischen Pantaidingen ergänzt, die dritte endlich von G. Sandhaas die Textesgestaltung einer der wichtigsten österreichischen Stadtrechtsquellen einer eingehenden Untersuchung unterwirft. Wir wollen sie der Reihe nach in Kürze besprechen.

1. **Die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren** von Heinrich Siegel. (Aus dem Märzhefte des Jahrganges 1863 der Sitzungsberichte der phil. hist. Klasse der kais. Akademie der Wissenschaften [XLII. Bd., S. 201] besonders abgedruckt.)

Die Vorzüge, die diese Abhandlung auszeichnen, liegen in der Sauberkeit ihrer Durchführung, die vielfach an die Homeyer'schen Arbeiten erinnert, und in

der Sicherheit der gewonnenen Resultate, die ihr einen dauernden Werth in den Untersuchungen über den älteren deutschen Rechtsgang anweist. Wie wir glauben, bildet sie den Vorläufer zu einer Reihe monographischer Untersuchungen in diesem Gebiete, deren Zusammenreihung wohl seiner Zeit zu einer Fortsetzung des von dem Verfasser bereits erschienenen ersten Bandes der Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens führen dürfte.

Die Art und Weise, wie der Verfasser seinen Gegenstand behandelt, indem er in die Tiefen des deutschen Rechtssinnes hinabsteigt, dessen Aeußerungen in Poesie und Prosa, Sitte und Schrift untersucht, um den leitenden Gedanken des von ihm behandelten Institutes zu ergründen und zugleich seine Wandelungen je nach Stammesverschiedenheit und Zeit nachzuweisen, erscheint uns als eine mustergiltige für Untersuchungen ähnlicher Art. Hier kurz die Resultate der Abhandlung:

Das Sprichwort: Ein Wort, ein Mann, steht im Zusammenhange mit dem deutschen Rechtsgange, der auf Mündlichkeit beruhte. Wer sich versprach, mußte den Schaden tragen. Doch lag in der unbedingten Geltung dieses Rechtssatzes eine große Gefahr für den Erfolg der gerechten Sache im Prozesse. Ein Mittel dagegen hatte die Partei in der Möglichkeit, sich vor Gericht einen Vorsprecher zu nehmen, der ihr Wort sprach, und durch seine Umsicht und Kenntniß ihren Mangel an Uebung in der Handhabung der gerichtlichen Formen und im Gebrauche der Rede ersetzte. Diesem war es gestattet, eine seiner Partei nachtheilige Rede zu widerrufen und eine bessere an ihre Stelle zu setzen. Diese Möglichkeit hieß in der Gerichtssprache Erholung oder Wandelung, und im 14. Jahrh. Erh. und W., welcher Ausdruck auch im abgeleiteten Sinne die im Falle des Widerrufes zu zahlende Buße — in der Regel die kleinste vor Gericht übliche — bezeichnet. Sie bildete den größten Vortheil der Verhandlung durch einen Vorsprecher, und war allgemeines deutsches Recht, sowohl vor der Schranne des Landgerichtes als im Ringe des Lehenrechts begründet. Doch mußte der Vorsprecher dieses Recht der Partei vor Gericht besonders bedingen, was in verschiedenen Formen geschah. Der Sachwalter mußte ferner der säumenden Erklärung seines Vorsprechers gegenüber Widerspruch erheben, und zwar nach Sachsenrecht auf die nach jeder Erklärung des Vorsprechers folgende Frage des Richters, ob er mit ihr einverstanden sei, außerhalb des Sachsenrechtes aber ein- für allemal gleich nach der Aufnahme eines Vorsprechers. Nach ersterem war er berechtigt, so lange zu widersprechen, als er nicht auf des Richters Frage ausdrücklich seine Zustimmung erklärt hatte, sonst hingegen nur in der Zeit bis zum Urtheile, daher hier eine Verschweigung möglich war. Widersprach er, so mußte der Vorsprecher eine Buße zahlen, rücksichtlich welcher dieser jedoch an ihn, wenn er es sich vor Gericht ausdrücklich bedingte, einen Regreßanspruch hatte. Die neue Erklärung fand Statt innerhalb der Gerichtsschranken durch den Mund des Vorsprechers. Die Erholung hatte eine bestimmte Grenze, sie konnte höchstens zum dritten Male versucht werden. Das Recht der Erholung erstreckte sich jedoch nicht auf den Eid, den der Sachwalter allein leisten mußte.

Der Satz: „Ein Wort ein Mann" hatte rechtlich zwei Ausnahmen: 1. bei einem Stotterer oder Stammerer, 2. bei der Eidesleistung einer Frau. Doch

konnte auch in Brünn und Prag ein Weib mit ihrem Eide fallen. Die unbedingte Geltung dieses Rechtssatzes war vorzüglich im Ehrgefühle der freien, ritterlichen Männer begründet, das nicht in gleicher Weise in den Städten waltete. Von hier ging nun eine Entwickelung aus, die das strenge Recht aus Rücksichten der Billigkeit in einzelnen Punkten und Fällen milderte. So durfte sich der Vorsprecher hie und da selbst erholen und eben so der Sachwalter, wenn er sein eigenes Wort sprach. Allmälig durfte sich dieser auch beim Eide gegen die bloße Entrichtung einer Buße erholen, wenn er sich dieses Recht am Tage der Eidesleistung durch ein Gedinge erwarb, und so gestaltete sich, nachdem einmal der feste leitende Rechtsgedanke aufgegeben war, eine große Verschiedenheit im Gerichtsgebrauche.

Wir fügen noch hinzu, daß, so wie die Ausdrücke Erholung und Wandelung etymologisch auf denselben Begriff zurückleiten, der einer Abänderung, im guten Sinne, auch der in einzelnen Rechtsquellen, z. B. dem Berliner Stadtbuche, dem Iglauer Stadtrechte u. s. w. vorkommende Ausdruck Helung mit derselben Anschauung zusammenzuhängen scheint. Nur darf man sich nicht mit Wilda verleiten lassen, ihn auf den Stamm hehlen, verhehlen zu beziehen, er hängt vielmehr mit heilung, heilen, d. h. wieder gut machen, bessern, zusammen, wofür auch die Uebersetzung von Erholung mit hojemství (von hojiti, heilen) in böhmischen Rechtsquellen spricht. T.

2. **Rechtsalterthümer aus österreichischen Vantaidingen**, von Eduard Osenbrüggen. (Aus dem Februarhefte des Jahrganges 1863 der Sitzungsberichte der phil.-hist. Klasse der kaiserl. Akademie der Wissenschaften [XLI. Band, S. 166] besonders abgedruckt.)

Bekanntlich hat die kaiserliche Akademie der Wissenschaften den Entschluß gefaßt, die Sammlung und Ausgabe der österreichischen Weisthümer in die Hand zu nehmen und zur Ausführung eine eigene Kommission niedergesetzt. Wenn man erwägt, welche Fülle von Rechtsmaterial in diesen Quellen niedergelegt ist, so kann man dieses Unternehmen nur im höchsten Grade willkommen heißen, das die Grimm'sche Sammlung der deutschen Weisthümer in so erwünschter Weise zu ergänzen bestimmt ist.

Es hat zwar nicht an Publikationen einzelner österreichischer Weisthümer gefehlt. Karajan, Kaltenbäck, Zahn, Meiller haben sich mit österreichischen, Rößler mit böhmischen, Chlumecky mit mährischen Weisthümern beschäftigt. Aber theilweise entsprechen diese Ausgaben, z. B. die von Kaltenbäck, nur sehr unvollkommen den Anforderungen, die man an die Edirung von Rechtsquellen zu setzen berechtigt ist, und sie erschöpfen jedenfalls nur den geringsten Theil dessen, was sich in Oesterreich von dieser Art Rechtsquellen erhalten hat. War es doch hauptsächlich die große Anzahl dieser, die die baierische historische Kommission bewogen hat, bei ihrem Plane der Herausgabe von deutschen Dorfweisthümern die österreichischen ausdrücklich auszuscheiden. Bei den Mitteln, welche die Akademie zur Verfügung hat, und den Kräften, die ihr zu Gebote stehen, dürfen wir demnach einer bedeutenden Erweiterung unserer Quellenkunde entgegensehen.

Die vorliegende Abhandlung des bekannten Verfassers der Geschichte des allemannischen und der des langobardischen Strafrechtes zeigt, welche reiche Fülle Materiales schon in den bereits publicirten österreichischen Weisthümern liege, und wie sich aus ihnen Grimm's deutsche Rechtsalterthümer bedeutend ergänzen lassen. Das, was sich aus ihnen Gemeinsames und Besonderes für deutsche Rechtsgeschichte darstellen läßt, trägt so sehr den echt deutschen Charakter, daß sie nicht blos für den österreichischen Rechtshistoriker ein großes Interesse haben müssen, wenn sie gleich wie die deutsch-österreichischen Stadtrechte neben den Uebereinstimmungen mit Stadtrechten anderer deutschen Gebiete viel Besonderes enthalten.

Im Anfange setzt der Verfasser den Begriff der Weisthümer im engeren Sinne als Hof- und Dorfrechte fest. In Oesterreich kommen sie meistens unter dem Namen Pantaidinge, und in Weingegenden als Bergtaidinge vor. Taiding ist die auf einen Tag anberaumte (nicht blos Gerichts-) Versammlung, und Bann das Gebot und die Verpflichtung für alle zugehörigen Personen, zum Taiding zu erscheinen und daselbst auszuharren. Das Zeichen des Bannes war der Stab des Richters, der für die Ruhe und Ordnung in den Verhandlungen zu sorgen hatte. Die meisten Bezirke hatten drei Pantaidinge im Jahre, und jedes Pantaiding hatte vierzehn Tage nachher seinen Nachtaiding. Vorsitz und Leitung hatte in den kirchlichen und klösterlichen Gebieten ein Stellvertreter der Herrschaft oder der Vogt als Schirmherr des Gotteshauses, und die Weisung des Rechtes durch einen Vorsprecher oder Redner war Sache der Gemeinde. Der Verfasser untersucht eingehend die aus diesen Pantaidingen sich ergebenden Eigenthümlichkeiten in Beziehung auf Sprache, Maße, darin vorkommende Symbole und Wahrzeichen, faßt sodann die Rechtsverhältnisse der Herrschaft und Unterthanen in's Auge, bespricht die verschiedenen Arten der Abgaben und die Gegenleistungen der Herrschaft, das Eherecht der Unterthanen, die Freizügigkeit der Bauern, die Nachbarhilfe. Darnach erscheint „der Bauernstand zwar abhängig, aber nicht geknechtet, und dem überall konservativen Geiste eines solchen Bauernstandes entsprechen die Rechtssitten; sie sind überliefertes Recht, das ihm heilig ist, wie die Sitte der Väter in allen Richtungen, und darum führen sie uns nicht selten in eine Zeit zurück, die Jahrhunderte hinter ihrer Aufzeichnung liegt, oft, wie Chabert sagt, zittern ihnen die Klänge der ältern Volksrechte nach." Hierauf übergeht er zu den Freiheiten, mit denen insbesondere die geistlichen Stifter, auf die sich die Mehrzahl der Pantaidinge bezieht, begabt waren, insbesondere zu der sich auf die Gerichtsbarkeit beziehenden „Freiung" und dem Asylrechte. Die Mißachtung der Freiung und der Friedensbruch führt ihn in natürlicher Anknüpfung zu den Ergebnissen für das Strafrecht, bezüglich der einzelnen strafbaren Handlungen, ihrer Strafen und Bußen. Er schließt mit einer Würdigung der Stellung, die die Frauen nach diesen Rechtsquellen einnahmen. T.

3. **Zur Geschichte des Wiener Weichbildrechtes**, von Professor Dr. Sandhaas. (Aus dem Februarhefte des Jahrganges 1863 der Sitzungsberichte der phil.-hist. Klasse der kais. Akademie der Wissenschaften [XLI. Bd., S. 368] besonders abgedruckt.)

Der Verfasser zählt dreizehn Handschriften des Wiener Weichbildrechtes auf, die ihm bisher bekannt geworden sind, und stellt eine Untersuchung der äußern Textesgestaltung an auf Grund von drei Grazer Handschriften, die er mit dem Rauch'schen Abdrucke vergleicht. Darnach unterscheidet er drei verschiedene Recensionen des Wiener Weichbildrechtes, deren gegenseitiges Verhältniß er feststellt. Aus seiner Untersuchung ergibt sich das bestimmte Resultat, daß es nicht erst im Jahre 1435 entstanden sei, wie man bisher auf Grund des erwähnten Abdruckes annahm, und die Wahrscheinlichkeit, daß die Entstehung dieses Rechtsbuches noch in das XIV. Jahrhundert falle, ja sogar bis in die Mitte dieses Jahrhunderts hinaufreiche. Das Wiener Weichbildrecht war nach ihm ohne Zweifel eine zunächst für Wien bestimmte Privatarbeit. Es sprechen aber viele Gründe dafür, daß dasselbe bereits frühzeitig in einem größeren Kreise von Städten in Gebrauch gekommen ist, z. B. die größere Anzahl der bis jetzt bekannten Handschriften, die sich wahrscheinlich bei näherer Nachforschung noch beträchtlich vermehren wird, die merkwürdige Art, wie es in einer Handschrift dem Schwabenspiegel angefügt ist. Endlich aber finden sich hinsichtlich einzelner Städte auch noch speciellere Anhaltspunkte für die Benützung des Wiener Weichbildrechtes, z. B. für Klosterneuburg und Judenburg, für welche Stadt es in einer im Johanneums-Archiv zu Gräz befindlichen Handschrift eigens umgeschrieben ist, wie die Ueberschrift beweist: Hie hebt sich an die hantfest der purger zu prugk In der Statt 1327 judenburg. T.

Die Produktion des Volksvermögens. Volkswirthschaftliche Abhandlung von Dr. Max Wellner. Gratz. Hesse 1864.

Es gibt gewisse Arbeiten, bei denen man durchaus außer Stande ist, zu sagen, weshalb sie eigentlich geschrieben wurden. Sie haben nichts Neues, und sammeln nichts Bekanntes; sie sollen nichts beweisen, nicht einmal daß ihr Autor ernsthaft sein Gebiet durchforscht hat; sie sind kein System, kein Lehrbuch, und auch keine Abhandlung, indem sie kein bestimmtes Thema haben; sie sind nicht einmal der Ausdruck der Meinung ihres Verfassers, denn diese kommt gar nicht zu Tage, sondern schwimmt in einem Rettungsgürtel von mehr oder weniger richtigen Citaten einher, den Punkt erspähend, wo sie in Sicherheit landen könne. Solche Art Schriften sind namentlich da am gefährlichsten, wo sie am leichtesten zu machen sind, nämlich innerhalb der allgemeinen Kategorien der National-Oekonomie, wie z. B. der Produktion des Volksvermögens. Dann natürlich muß jeder Dritte denken, wenn es so leicht ist, National-Oekonomie zu schreiben, wozu brauche ich da noch ernsthaft zu studiren? Wir haben die kleine sogenannte Abhandlung durchgelesen und wissen weder ein günstiges noch ein ungünstiges Ur-

theil darüber zu fällen, — denn wir gestehen, wir haben nicht erfahren, was eigentlich in der Broschüre steht. Wir können daher auch kaum etwas Anderes thun, als anzeigen, daß sie erschienen ist. Der Verfasser beginnt mit der Lehre vom „Volk", Kap. I, in welchem Kapitel er sich nur mit dem Staate beschäftigt und das Volk wegläßt. Das Kap. II erledigt das Vermögen des Volkes. Hier kommen Sätze vor, von welchen man wahrlich nicht weiß, ob sie für Kinder oder für Männer geschrieben sind: „Diogenes warf den Becher weg und behielt sich die Tonne" — (soll heißen „und trank aus der hohlen Hand" — „manches Weib ist lieber weniger und kleidet sich schön, weil sie eitel ist" — „eine Bibliothek ist werthvoller als eine Cigarre". — Wahrhaftig, wozu die Lehre von der National-Oekonomie nicht alles gut ist! — Aber neben solchen tiefsinnigen Wahrheiten erscheinen dann Sätze, bei denen man um so unmuthiger wird, je kürzer und autoritativer sie auftreten. Man lese z. B. folgende unmittelbar hinter einander folgende Sätze, p. 5, 6: „Ein Bedürfniß wird entweder unmittelbar befriedigt (Konsumtionswerth, z. B. Mehl, Korn [was ist das für ein Korn?], Quelltrinkwasser) oder mittelbar durch den Erwerb eines andern Werthes (soll heißen „Gutes"). Dieser mittelbare Werth" (aber wir redeten ja nur von einer mittelbaren Befriedigung!) ist entweder Produktionswerth (z. B. Saatkorn, Mühlwasser!) oder Gegenwerth (z. B. Tauschkorn, Konditorei-Trinkwasser)." — Wie nun, wenn die wissenschaftliche Kategorie „Konditorei-Trinkwasser" aus einer Bohrung herkommt, oder aus einer Cisterne — ist es dann ein Werth, ein Bedürfniß, oder bloß Trinkwasser, oder Produktionswerth, oder Gegenwerth, oder Volksvermögen? Aber diese gründliche Abwesenheit alles Nachdenkens fährt unmittelbar fort: „Aller Werth ist Gebrauchswerth im Gegensatze zum Tauschwerth." Wenn aller Werth Gebrauchswerth ist, und noch dazu im Gegensatze zum Tauschwerth, so ist der Tauschwerth eben kein Werth, oder der Verfasser meint, daß aller Werth die beiden Qualitäten (Maaßstäbe) Tausch und Gebrauch zugleich habe, was, wie wir vermuthen, seine eigentliche Ansicht ist. Nun aber folgt: „Gebrauchs- und Tauschwerth sind gleich groß" — sie sind gleich, sie sind im Gegensatz, aller Werth ist nur Gebrauchswerth — was denn um des Himmelswillen ist der Werth selbst, da er ja noch bei dem Konditoreitrinkwasser seine Qualität als Gebrauchs- oder Produktionswerth verlor und nur ein „Gegenwerth" ward, der nichts producirt? Was soll man zu solchen Konfusionen und Kommixtionen sagen? „Das Gut," sagt der Verfasser, „ist ein Ding, welches Werth" (alle obigen Qualitäten oder nur ein paar davon?) „hat, — z. B. ein guter Magen." Das nennen wir geradezu albern. Ist der Magen ein Gut, oder ist es seine Güte, von der man hier redet? Und ist die Güte des Magens ein „Ding"? Und hat diese „Güte" einen Gebrauchswerth gleich groß mit dem Tauschwerth? Oder gibt es demnach Güter ohne Tauschwerth? — Es ist unerquicklich, dergleichen zu beleuchten. — Pag. 7 sagt der Verfasser: „Volksvermögen ist also das Vermögen des Volks." — Diese neue Definition des Grundbegriffes der ganzen Abhandlung führt zu der wichtigen Frage nach dem Produktionsproceß überhaupt." Kap. III. Es gibt dem Verfasser drei Produktionskräfte: Natur, menschliche Arbeit, Kapital. — Nur ist das Kapital keine an sich producirende Kraft, sondern, wie wir später erfahren, ist es selbst ein Produkt, und ist somit zum

Produciren gar nicht nöthig, denn da es erst aus den beiden ersten Elementen entsteht, so geht die Produktion auch ohne Kapital ganz wohl von Statten. Demnach müßte es doch wohl zwei Produktionsprocesse geben — einen ohne Kapital, und einen mit Kapital. Daß es daneben im „Produktionsproceß" auch noch eine Konsumtion und eine Produktion gebe, ist ihm nicht von besonderer Wichtigkeit erschienen; die hat der Verfasser weggelassen. Dagegen hat derselbe die allerdings wichtige Thatsache konstatirt, daß „die Dampfkraft vierundzwanzig Stunden täglich arbeiten kann" p. 9 — wer weiß, bei ernsthaftem Studium über den Satz „das Kraftmaaß ist eine Einheit" (als ob ein Maaß etwas anderes sein könnte) ib. p. 9 — gelingt es, noch ein halbes Stündchen mehr Produktions-, Gebrauchs- oder Gegenwerth herauszubringen. Der Mühe werth wäre es schon im „Volksvermögen". In der Lehre von der „Naturkraft", Kap. IV, erfahren wir, was eben so neu als wahr ist: „Im Interesse der Landwirthschaft und Industrie muß die Wasserrechtsfrage entschieden werden." Das ist sehr wichtig, und wir wünschen, daß dieser in seiner Einfachheit nicht unbedeutende Satz künftig nicht übersehen werde. „Baiern hat ein gutes Wasserrechtsgesetz." Das scheint uns auch von Bedeutung, namentlich da man sonst die wahre Quelle des Wasserrechts eigentlich anderswo suchte. Im Kap. V finden wir folgende geistreiche Bemerkungen auf derselben Seite p. 13: „Das Weib ist in der Regel körperlich schwächer, gefallsüchtiger, geistig energieloser und minder ehrgeizig als der Mann; in stiller Geduldarbeit übertrifft es ihn aber weit. — Wir sind also in diesem Sinne für die Emancipation der Frauen!" Viele andere Sätze hätte gewiß der Leser eher erwartet nach dem Obigen, als diese tiefsinnige Bemerkung; welche Art von Wissenschaft ist denn das eigentlich? Oder ist es förderlich, wenn unmittelbar darauf ein Satz folgt wie der: „Der Erwachsene arbeitet mehr und intensiver als der Unerwachsene." Vielleicht wäre es zur weitern Aufklärung nöthig gewesen, hinzuzufügen, daß Kinder bis zum dritten Jahre absolut nicht arbeiten, und nachher auch oft nicht viel werth sind. — Sollen wir diese Beleuchtungen weiter fortsetzen? Aber solche Mißtöne, wie den folgenden Satz, hätten wir denn doch gerne entbehrt: p. 17. „Eine Abeitskraft zieht z. B. eine Last von 200 Pfund 20 Fuß hoch hinauf. Das Arbeitsprodukt ist somit 4000 (?). Die Schwerkraft wirkt mit 4000 hinab (bei 200 Pfund?), die Zugkraft mit 4000 hinauf." Aber um's Himmelswillen, dann steht ja die Last von 200 Pfund, die 4000 schwer ist, geradezu still, und das Arbeitsprodukt ist Null. Was mag sich der Verfasser dabei gedacht haben? Auf p. 30 begegnen wir der alten, ganz unbrauchbaren Definition vom Kapital — „es soll sein ein werthhabender Stoff, — welcher zur weitern Produktion geeignet und bestimmt ist." — Werden wir den ewig die Frage wieder haben müssen, ob es denn Güter gibt, die nicht zur weitern Produktion bestimmt sind? Und wenn nicht, wie sich dann Gut und Kapital unterscheiden? Ja selbst wenn man mit dem Verfasser das Unding eines „immer todten Kapitals" aufstellt, so ist auch das zur Produktion wenigstens bestimmt, und mithin ein Gut. Haben denn die neueren Systeme nicht wenigstens zum Nachdenken angeregt? Freilich kann man die Sache nicht damit erledigen, daß man, wie der Verfasser, einfach fortfährt: „Der Konsumtionsfond" — was ist das plötzlich für ein deus ex machina in einem Werke über Volks-

vermögen, das von der Konsumtion gar nicht gerebet hat? — „ist also kein Kapital, z. B. ein Silberlöffel.“ Aber wie wärs mit einem hölzernen Kochlöffel? Vielleicht einigen wir uns noch, daß der Konsumtionsfond doch noch beim Theelöffel anfängt, während der Holznapf Kapital, die Köchin Gebrauchswerth, die Wurst Tauschwerth, der Kreuzer Gegenwerth, der Magen Produktionswerth, der gute Appetit Consumtionswerth ist — nur der Silberlöffel ist verurtheilt, denn er ist keine Arbeit, keine Naturkraft und selbst auch kein Kapital, also er gehört — mit der ganzen Aussteuer der Frau, deren Theil er in seinen besseren Zeiten ausmachte, als das Vermögen des Volkes noch das Vermögen aller Einzelnen war — nicht zum Volksvermögen. Er ist nicht einmal ein „müssiges,“ geschweige ein „lebendiges Kapital.“ Er gehe seinen Weg selbst. Aber recht nützlich und angenehm ist er doch. Was solche „Dinge“ doch für Hartnäckigkeit besitzen, wenn man ihnen eine volkswirthschaftliche Qualität auf- oder abdisputiren will!

Wir dürfen mit der bekannten Anmerkung schließen, daß abermals sehr viel oder sehr wenig geistige Arbeit dazu gehört, die Produktion des Volksvermögen stans pede in uno abzumachen. Prof. Stein.

Handbuch des österreichischen Handelsrechtes mit besonderer Rücksicht auf das praktische Bedürfniß bearbeitet von Dr. Moriz v. Stubenrauch. Wien 1863 bei Friedrich Manz.

Das allgemeine Handelsgesetzbuch vom Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung erläutert von Dr. Alexander Brix. Wien 1864 bei Karl Gerold's Sohn.

Wir haben die rege Thätigkeit, welche nach Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches sich dem umfangreichen, interessanten und für wissenschaftliche Erörterungen sehr dankbaren Stoff widmete, mit aufrichtiger Freude begrüßt. Es kündigten sich zu gleicher Zeit Arbeiten an, welche sämmtlich den ganzen Rechtsstoff des Handelsrechtes darzustellen unternehmen. Wir glaubten, daß die Sehnsucht, mit welcher man seit Jahren einem Handelsgesetzbuche entgegensah, die Neuheit des Gesetzes, die theils neu geschaffenen, theils modificirten Rechtsinstitute und Rechtssätze, das Verhältniß zu dem bisherigen Handelsrechte und zu dem allgemeinen Privatrechte, der Einfluß des Handelsgesetzes auf das geltende Prozeßrecht und viele andere ähnliche Gesichtspunkte allseitige und mannigfaltige Anregung biethen dürften, zur richtigen Auffassung des neuen Gesetzes beizutragen. Wir erinnerten uns der reichen Casuistik, vor der ein unabsehbares Gebiet lag, vieler Parthieen, deren Wichtigkeit monografische Darstellungen erst völlig klar machen würden, wir sahen schon den Raum aller Fachblätter mit handelsrechtlichen Abhandlungen erfüllt und fürchteten die rasch anwachsende Literatur bald nicht mehr bewältigen zu können. Wir müssen gestehen, uns in diesen Erwartungen bisher getäuscht zu haben. Während im übrigen Deutschland eingehende und umfassende Abhandlungen aus dem Handelsrechte in Broschüren und in Fachblättern zahlreich auftauchen, sehen wir in Oesterreich handelsrechtliche Fragen nur sehr spärlich erörtern und während dort die wissenschaftliche Arbeit auf diesem Gebiete nahezu Folianten zu Tage fördert, müssen

wir hier die Erfahrung machen, daß ausser den bereits begonnenen Werken weder neue noch einzelne Monografieen erschienen. Selbst von jenen aber wurden nur die beiden Kommentare beendet, welche die Aufschrift dieser Anzeige bezeichnet.

Das Buch von Herzog: „das österreichische Handelsrecht nach dem Handelsgesetzbuche vom 17. Dez. 1862" blieb unvollendet. Der talentvolle Verfasser erkannte wol bald selbst, daß ein „System" des Handelsrechtes ohne genaue Kenntniß der gesammten Literatur und ohne die vollständigste Verarbeitung und Beherrschung des Rechtsstoffes nicht möglich ist, daß mit einer präcisen Umschreibung des Gesetzes selbst weder der Wissenschaft noch der Praxis geholfen wird, und daß man das umfangreiche Materiale nicht in eine Nußschale pressen kann. Uns, und wir sind überzeugt, auch dem Verfasser mußte es ein Lächeln entlocken, als irgendwo von seinem Buche zu lesen war, es sei „eine theoretische Studie, welche sich durch Eigenthümlichkeit der Darstellung auszeichnet, leider aber unvollendet geblieben ist."

In Stubenrauch's Handbuch findet sich ein großes Materiale der anziehendsten Fragen des Handelsrechtes aufgespeichert und der aufmerksame Leser wird dasselbe nicht aus der Hand legen, ohne in vielfacher Richtung Belehrung erhalten zu haben. Wir dürfen aber nicht verkennen, daß dieselben meistens den Berathungsprotokollen der Nürnberger Conferenz entnommen sind, so daß das Verdienst des Verfassers weniger in der Originalität der Ausführung als darin zu finden ist, daß er in klarer Weise und entsprechender Kürze den Gegenstand dieser Berathungen mittheilt. In dieser Richtung erinnert sein Buch sehr an das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von Krämel (Halle 1862), nur mit dem Unterschiede, daß letzterer es sich zur Aufgabe setzte, die Leser mit dem Inhalte der erwähnten Protokolle auszugsweise bekannt zu machen, so daß seine Erläuterungen „stets Auszüge der Vorarbeiten sind," während Stubenrauch die Vorschriften des Handelsgesetzbuches aus den Protokollen begründen wollte. Dabei wurde auch das spezifisch österreichische Handelsrecht, wo es nöthig schien hervorgehoben, theilweise auch die einschlägigen Bestimmungen des Gewerberechtes kurz erörtert und die Sätze des allgemeinen österreichischen Privatrechtes, wo sich Beziehungen mit demselben vorfanden, mit dem Handelsgesetzbuche in Verbindung gebracht. Eine erschöpfende und eingehende Darstellung aber scheint von Vorneherein nicht in der Intention des Verfassers gelegen; seine Aufgabe war es, so sagt die Vorrede, „die neuen Vorschriften dem allgemeinen Verständnisse näher zu rücken, die Begründung derselben aus dem reichhaltigen Schatze der protokollarischen Aufzeichnungen vor Augen zu legen und die Anknüpfungspunkte mit dem bisherigen Rechte ersichtlich zu machen." Die Darstellung schließt sich formell nicht dem Texte des Gesetzes an, sondern sie ordnet ihren Stoff unabhängig von den einzelnen Paragrafen, folgt aber dem Systeme des Gesetzbuches und vermeidet eine juristische Analyse der Rechtsverhältnisse, eine juristische Konstruktion der Rechtsinstitute. An die Einleitung, welche die Vorbegriffe, die Quellen und die Literatur behandelt, schließt sich in vier Büchern die Lehre vom Handelsstande, von den Handelsgesellschaften, von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung und von den Handelsgeschäften. Demnach ist das vorliegende Werk seinem Wesen nach eine nicht gering anzuschlagende Gesetzeserläuterung; als eine erschöpfende und wahrhaft wissenschaftliche

Darstellung des heutigen deutschen und österreichischen Handelsrechtes könnten wir es aber noch nicht bezeichnen.

Das Eingangs erwähnte Buch des Dr. Alexander Brix erscheint in materieller wie in formeller Hinsicht als ein Kommentar des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Der Verfasser bedient sich zur Erläuterung der exegetischen Methode und hält sich bei Behandlung des Rechtsstoffes an die Legalordnung des Gesetzes, dessen Text abgedruckt ist. Die Grenzen, welche seine Arbeit umschließt, hat er sich mit den Worten gesetzt: „Nicht eine Darstellung des nunmehrigen österreichischen Handelsrechts, sondern eine Erläuterung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches mit besonderer Beziehung auf sein Verhältniß zu dem übrigen in Oesterreich geltenden Rechte zu geben, war meine Absicht." Diese Aufgabe, scheint uns, hat der Verfasser gelöst. Er erklärt und begründet den Text des Gesetzes, zeigt das Verhältniß einzelner Bestimmungen zu den Vorschriften der übrigen Gesetze auf, und berücksichtiget das bisherige österreichische Handelsrecht, soweit dasselbe auf die neue Gestaltung der handelsrechtlichen Verhältnisse einen Einfluß nimmt. Der Verfasser benützte auch die vorhandene neuere Literatur, darunter besonders Hahn's in diesen Blättern wiederholt berührtes Werk, und ließ namentlich die Konferenzprotokolle, sowie die Motive zum preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches nicht ausser Beachtung. Wo er auf diese Vorarbeiten Bezug nahm, geschah es in kurzen, das Wesen hervorkehrenden Bemerkungen, wie denn überhaupt das ganze Werk ziemlich präcis geschrieben ist. Als Praktiker hebt er auch in vielen Fällen die Art und Weise der Durchführung der einzelnen Bestimmungen hervor und deutet Wege und Mittel an, welche benützt werden müssen, um am kürzesten und schnellsten die angestrebten Erfolge zu erzielen. Selbstverständlich ist es wol, daß die ganze Darstellung nach dem entworfenen Plane über die an den Gesetzestext sich knüpfende Kasuistik nicht hinausgeht; der Verfasser hält eben „die Auslegung des Gesetzes aus dem Gesetze" so lange für eine Nothwendigkeit, für eine wissenschaftliche Vorarbeit, bis die Verschmelzung des Neuen mit dem Gegebenen vollzogen ist. „Das Wort, wie es nach reiflichster Erwägung gewählt und gefügt wurde, die Gründe die dafür den Ausschlag geben und in einem musterhaften Referate gesammelt vorliegen, müssen in Betracht gezogen und nach allen Seiten — explicite und implicite — entwickelt werden." Um die Brauchbarkeit des Buches für den Praktiker zu erhöhen, ist demselben ein Anhang beigegeben, in welchem das Einführungsgesetz v. 17. Dez. 1862, die Minist. Verordnung v. 9. März 1863, Nr. 27 des R. G. Bl., über die Anlegung und Führung der Handelsregister, die Circularverordnung des Kriegsministeriums v. 14. Juni 1863, Nr. 66 des R. G. Bl. und der Erlaß des k. k. Justizministeriums vom 8. Februar 1864, Z. 803, betreffend die Erläuterung des §. 7 des Einführungsgesetzes vollständig abgedruckt sind.

Die einzelnen Ausführungen beider Werke geben hinlänglichen Stoff zur Polemik. Wir wollen von den vielen Behauptungen, denen wir uns nicht anschließen könnten, nur die folgende hervorheben:

Der Art. 348 des H. G. B. räumt dem Käufer das Recht ein, im Falle sich bei der Ablieferung der Waare oder später Mängel ergaben, den Zustand der Waare durch Sachverständige feststellen zu lassen. Dasselbe Recht wurde auch

dem Verkäufer gewährt, wenn ihm der Käufer die Anzeige gemacht hat, daß er die Waare wegen Mängel beanstände. Ueber die rechtliche Bedeutung dieses Befundes bemerkte Brix, daß die Frage offen bliebe, „welcher Gebrauch von dem also erzielten Gutachten der Sachverständigen im Prozesse zu machen, welcher Werth demselben hier beizulegen sei" (S. 356) und Stubenrauch stellt dieses Gutachten dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse entgegen (S. 466). Wir hingegen meinen, daß Beweis durch Sachverständige nach dem cit. Art. des H. G. B. eine Art der probatio ad perpetuam rei memoriam sei, daß aber hiezu jene Bedingungen nicht nothwendig sind, von welchen der §. 188 der a. G. O. die Zuläßigkeit des Beweises zum ewigen Gedächtnisse abhängig macht. Ueber die Zuläßigkeit des ersteren braucht nicht erst verhandelt, oder Gefahr am Verzuge nachgewiesen zu werden, aber es bedarf auch nicht des Nachweises der Besorgniß, daß die Streitsache ihre Gestalt ändere, ehe der Richter von derselben eine hinlängliche Kenntniß erlange. Im Prozesse kann ohne weiters von dem nach Art. 348 des H. G. B. aufgenommenen Befund Gebrauch gemacht werden und der Richter hat denselben gerade so zu beachten und seine Beweiskraft zu prüfen, als wäre das Gutachten im Prozesse oder nach den Vorschriften des §. 188 der a. G. O. erstattet worden. Im Falle des Art 348 des H. G. B. aber wird wol Niemand die Vorschrift des §. 188 der a. G. O. beobachten, und so erscheint derselbe für diesen Fall thatsächlich außer Wirksamkeit gesetzt. Dr. J. Prix.

Das Wesen der österreichischen Reichsverfassung. Eine akademische Antrittsrede von Dr. W. Lustkandl. Wien 1864. W. Braumüller'sche Buchhandlung. (68 S. in gr. 8.)

Der österreichische Büchermarkt wird seit dem Beginne der constitutionellen Aera alljährlich mit zahlreichen Druckwerken überschwemmt, die sich mit den staatlichen Verhältnissen unsrer Monarchie und namentlich mit den Verfassungsfragen beschäftigen; allein nur wenige dieser Schriften — so groß auch ihr sonstiger Werth sein mag — verdienen einen Platz in der Literatur des österreichischen Staatsrechtes. Daher müssen wir jede wahrhaft wissenschaftliche Abhandlung auf obigem Gebiete freudig begrüßen.

Der Verfasser, dessen Werk über ungarisch-österreichisches Staatsrecht in diesen Blättern vor Kurzem besprochen wurde, hat sich beim Beginne dieses Semesters als Privatdozent an der Wiener Universität habilitirt, und zum Gegenstande seiner akademischen Antrittsrede die Darstellung des Wesens und Charakters der österreichischen Reichsverfassung gewählt. Diese Arbeit, deren Umfang schon durch ihren Zweck in enge Grenzen gebannt war, ist unter obigem Titel im Drucke erschienen.

Der eigentlichen Abhandlung ist eine kurze Ansprache, welche wegen der verschiedenartigen Auffassung, die sie zuläßt, besser ganz weggeblieben wäre, und eine Einleitung, welche die Grundlagen oder vielmehr die Quellen unsres Verfassungsrechtes erörtert, vorausgeschickt.

Die Einleitung (S. 2—4) beginnt mit der Frage: „Worin besteht

denn die österreichische Reichsverfassung?" Die Antwort ist eine kurze Paraphrase des VI. Abschnittes des Einführungspatentes zu den Grundgesetzen vom 26. Febr. 1861. Die Gesammtheit der daselbst aufgezählten Grundgesetze bildet den Inbegriff unserer Reichsverfassung (S. 4). — Daß durch diese Grundgesetze das Fundament der staatsrechtlichen Verhältnisse Oesterreichs festgestellt und insbesonders die Vertretung der Völker, sowie ihre Theilnahme an der Gesetzgebung und Verwaltung geordnet, und daß dieser ganze Inbegriff von Grundgesetzen durch das citirte Einführungspatent als die Verfassung des Reichs verkündet wurde, ist allerdings richtig, jedoch aus diesen Grundgesetzen allein besteht die österreichische Reichsverfassung nicht. Mit ihnen ist der Kreis unserer Verfassungsgesetze keineswegs abgeschlossen, noch weniger aber die Summe sämmtlicher Rechtsquellen, auf denen unsere Verfassung beruht. Die Staatsgrundgesetze, selbst wenn wir diesen Begriff im weiteren Umfange nehmen, bilden nur einen Theil unserer Verfassungsgesetze; viele und wichtige Bestimmungen unseres Verfassungsrechtes sind durch gewöhnliche Gesetze der älteren und neueren Zeit, die der Verfasser nach der auf S. 4 gegebenen Aufzählung nicht zu den Grundlagen unserer Verfassung zu rechnen scheint, geregelt. Jedenfalls hätten bei einer nach chronologischer Reihenfolge geordneten Aufzählung unserer Verfassungsgesetze die nach den neugeschaffenen Grundgesetzen erlassenen Verfassungsnormen nicht übergangen werden sollen. Sie würden die vierte Gruppe in dem Systeme des Verfassers bilden. Mit den gesetzlichen Normen sind übrigens die Grundlagen, auf denen unsere Verfassung beruht, noch keineswegs erschöpft, denn mancherlei staatsrechliche Verhältnisse beruhen überdieß auf den Hausordnungen unserer Dynastie, auf dem Gewohnheitsrechte, ja selbst auf staatlichen Verträgen (Konkordat ꝛc.)

Zu den neu geschaffenen Grundgesetzen zählt der Verfasser (S. 3 und 23) auch das Statut für den Staatsrath und das Statut für den Unterrichtsrath „seinem Gedanken, wenn auch nicht seiner Durchführung nach." Daß das Statut für den Staatsrath in den Kreis der Verfassungsgesetze gehöre, ist wol unbestreitbar, aber zu den Staatsgrundgesetzen vom 26. Februar 1861 darf dieses Gesetz, obschon es am gleichen Tage die k. Sanktion erhielt, nicht gerechnet werden (S. 24). In Oesterreich, wo wir keine systematische Beurkundung der gesammten Staatsverfassung, keine s. g. Konstitutionsurkunde, sondern nur einzelne Verfassungsgesetze besitzen, kommt jene eminente Stellung im Rechtssysteme, die in andern Ländern der Verfassungsurkunde eingeräumt wird (Angelobung bei der Thronbesteigung, Erschwerung der Abänderung u. s. w.), nur den eigentlichen Staatsgrundgesetzen, nicht aber den übrigen Verfassungsgesetzen zu. Noch auffallender muß es erscheinen, daß der Unterrichtsrath zu den verfassungsmässigen Institutionen unseres Reiches, und somit das seine Einsetzung anordnende A. H. Handschreiben vom 20. Oktober 1860, zu den Grundgesetzen unseres Reiches gezählt wird. — Unter den älteren Grundgesetzen unserer Verfassung wird auch die deutsche Bundesakte sammt der Wiener Schlußakte angeführt (S. 4). Daß diese Fundamentalverträge — allein nicht nur diese, sondern auch die weiteren rechtsgiltigen Bundesbeschlüsse — zu den Grundlagen unserer Staatsverfassung gehören, wird wohl Niemand bestreiten, allein mit den österreichischen Gesetzen können sie nicht auf gleiche Linie gestellt werden.

Nach dieser Einleitung kommt der Verfasser zu seiner eigentlichen Aufgabe, deren Lösung vielen Fleiß so wie tiefes und umfassendes Studium auf dem Gebiete des allgemeinen Staatsrechtes beurkundet. — Der Charakter, welchen Oesterreich zufolge seiner jetzigen Verfassung hat, wird in folgende drei wesentliche und charakteristische Eigenschaften zusammengefaßt, deren jede in einem besonderen Abschnitte behandelt ist. Oesterreich ist 1. eine erbliche Monarchie, dieselbe ist 2. constitutionell-repräsentativ nach dem Grundsatze der Interessenvertretung, und unser Staat ist 3. in Rücksicht auf die Verbindung seiner Länder eine Realunion mit autonomen Gestaltungen in den einzelnen Kronländern, und in einer föderativen Verbindung stehend mit Deutschland (S. 4). In jedem dieser drei Abschnitte werden zuerst die Begriffe und unterscheidenden Merkmale der oberwähnten Staatsformen festgestellt, und sodann deren Verwirklichung und Ausführung in unserem Reiche nachgewiesen. Daß diese Erörterungen nur den Fundamental-Charakter, nicht aber das gesammte Wesen unserer Verfassung feststellen, ist schon aus dieser Inhaltsanzeige ersichtlich.

Im ersten Abschnitte (S. 4—9) werden die allgemeinen Begriffe von Monarchie und Republik und deren Unterarten näher entwickelt, und hierauf der monarchisch-erbliche Charakter unseres Staates konstatirt. Wir wären dem Verfasser zu größerem Danke verpflichtet, wenn er sich, statt bei der Erörterung dieser klaren und unbestrittenen Begriffe zu verweilen, über den Charakter unseres staatsrechtlichen Erbrechtes näher ausgesprochen hätte. Er begnügt sich zu sagen: unsere Monarchie sei erblich nach dem Grundsatze der Primogenitur, und mit Gleichhaltung der Grade sowohl des männlichen als weiblichen Geschlechtes, jedoch mit dem Vorzuge der Männer vor den Frauen in derselben Linie, wobei dieses Wort Linie im Sinne der pragmatischen Sanktion verstanden werden muß. — Die Behauptung, daß das monarchische Element und die Erblichkeit der landesherrlichen Würde in den Ländern, welche die österreichische Monarchie bilden, schon seit den ältesten Zeiten, lange bevor diese Länder von dem Hause Habsburg erworben wurden, geltend geworden waren, dürfte in Hinsicht Ungarns, Böhmens und Galiziens einerseits, so wie Venedigs und Ragusa's andererseits einige Modifikationen erleiden müssen; so wie auch der Satz, daß das Erbrecht des habsburgischen Hauses bereits vor der pragmatischen Sanktion in den verschiedenen Besitzungen des Erzhauses ein gleichartiges war, schwer zu erweisen wäre.

Im zweiten Abschnitte (S. 9—39) unterzieht sich der Verfasser der schwierigen Aufgabe, die Begriffe des Constitutionalismus und der Repräsentativverfassung festzustellen (S. 9—15), und durch einige Bilder aus der geschichtlichen Aufeinanderfolge der verschiedenen Staatsformen die allmälige und stufenweise Entwicklung des Constitutionalismus nachzuweisen (S. 15—17). Hierauf folgt die specielle Geschichte des constitutionell-repräsentativen Systems in Oesterreich, in welcher alle wichtigeren Phasen desselben in Erinnerung gebracht werden (S. 17—24). Bei dieser Rückschau werden die östlichen Länder der Monarchie, deren staatsrechtliche Entwickelung einen ganz anderen Gang als in den westlichen Kronländern genommen hatte, sonderbarer Weise gar nicht berücksichtiget. — Was der Verfasser durch den Satz (S. 24): mit den Grundgesetzen vom 26. Februar 1861 sei der Kreis unserer Verfassungsgrundgesetze bereits abgeschlossen, ausdrücken

wollte, ist im Hinblicke auf die zahllosen Fragen, die noch ihrer staatsrechtlichen Lösung harren, schwer zu erklären. Dieser geschichtliche Rückblick schließt mit dem Satze, „daß in Oesterreich durch die neuen Staatsgrundgesetze das konstitutionell-repräsentative System nach dem Prinzipe der Interessenvertretung mit Entschiedenheit in die Gesetzgebung und durch die praktische Geltendmachung auch in's Leben eingeführt sei (S. 24). Sodann wird auf die genaue Charakteristik dieses constitutionell-repräsentativen Elementes unserer Verfassung näher eingegangen (S. 25—39). Da der Verfasser die Sicherung und Entwickelung der Freiheit für die wesentliche Aufgabe und den materiellen Inhalt der constitutionellen Staatsform hält, so nimmt er Veranlassung, eine Untersuchung über die Idee und den Inhalt der Freiheit vorauszuschicken, um dann nachzuweisen, in wie weit die Freiheit in ihren verschiedenen Richtungen durch unsere Staatsverfassung bereits verwirklichet und begründet sei. Der Verfasser spricht natürlich nur von der Freiheit, in so ferne sie als Rechtsinstitution in Betracht kommt, — und meint, daß sich alle Freiheit der Welt einfach unter drei Gesichtspunkte konzentriren, oder als eine dreifache Freiheit darstellen lasse, daß aber die verschiedenen Stufen der Freiheit erst durch das Hinzutreten der politischen Freiheit gesichert und weiter entwickelt werden können. Diese drei wesentlichen Arten der Freiheit sind: die privatrechtliche, soziale und politische Freiheit. Jeder dieser Begriffe wird nun in ausführlicher Weise erörtert. Vom wissenschaftlichen Standpunkte aus ist wohl nichts einzuwenden, ob man die verschiedenen Elemente der rechtlichen Freiheit in drei, oder, wie die meisten Staatsrechtslehrer, in zwei, oder, wie Thiers, in fünf Arten zusammenfaßt, wenn dieselben nur sämmtliche unter dem Schutze des Rechtes zu stellenden Freiheiten umfassen, und die verschiedenen Arten genau abgegrenzt erscheinen. Daß letzteres äußerst schwierig sei, beweist die vorliegende Eintheilung. Die für die erste Gruppe von Freiheitsrechten gewählte Bezeichnung ist nicht ohne Bedenken, weil die unter dem Namen der privatrechtlichen Freiheit aufgeführten Freiheitsrechte wohl größtentheils, aber nicht ausschließlich der individuellen Rechtssphäre angehören, sondern zum Theile in dem Verhältnisse des Privaten zum Staate ihre Wurzel haben. — Die weitere Darstellung beschäftiget sich mit der Untersuchung, in wie weit die verschiedenen Arten der Freiheit, und namentlich die politische Freiheit, in unserer Verfassung bereits verwirklichet sind, wobei die Grundrechte der Oesterreicher, die Zusammensetzung und Bildung unserer Reichs- und Landesvertretung, so wie deren Rechte und Freiheiten einer eingehenden Besprechung unterzogen werden, um schließlich festzustellen, daß unsere Verfassung einen streng constitutionell-repräsentativen Charakter an sich trage, und daß im Reichsrathe und in den Landtagen alle wichtigen im Reiche vorhandenen Interessengruppen vertreten sind. Auch in diesem Abschnitte sind die ungarischen Länder ganz außer Acht gelassen, und die Frage, in wie ferne das System der Repräsentativ-Verfaßung und der Interessen-Vertretung daselbst verwirklichet sei, gar nicht berührt. Das Vorhandensein des Zweikammersystems, so wie die Eigenthümlichkeiten desselben in unserer Verfassung hätten in einer Schrift, die sich die Darstellung des Wesens und Charakters unserer Verfassung zur Aufgabe stellt, mehr als blos angedeutet werden sollen. Die Besprechung der den einzelnen Vertretungskörpern zustehenden Rechte führt den Verfasser schließlich

auf die territoriale und gegenständliche Abgrenzung ihrer legislativen Befugnisse, wobei er sich aber mit der Hinweisung auf die betreffenden Gesetzesartikel begnügt, ohne sich über die für unser Verfassungsleben so wichtige Competenzfrage, welche noch häufig die Quelle mannigfacher Conflikte werden dürfte, näher einzulassen.

Im dritten Abschnitte (S. 38—68) wird zuerst die Stellung Oesterreichs zum deutschen Bunde ganz kurz berührt, und dabei die zum mindesten unklare Behauptung aufgestellt (S. 40), daß „Oesterreich als Gesammtstaat in den deutschen Bund getreten sei, wenn es auch nur mit einem Theile seiner Länder hineingetreten ist", und daß „Oesterreich als Gesammtstaat in Rücksicht auf die Angelegenheiten des deutschen Bundes nicht als eine doppelte Person anzusehen sei". Meint etwa der Verfasser, daß alle aus dem Bundesverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten sich nicht blos auf die Bundesländer, sondern auch auf den Gesammtstaat erstrecken? Die Consequenzen dieser Behauptung sind übrigens nicht näher ausgeführt. — Das, was hierauf bei der Darstellung des staatsrechtlichen Zusammenhanges der einzelnen Theile unserer Monarchie über die verschiedenen Formen der Staatsverbindungen überhaupt und über das Unionsverhältniß der österreichischen Länder insbesonders gesagt wird, gehört unstreitig zu den besten Partien dieses Buches. Sind wir doch in Oesterreich zunächst berufen, über die schwierigen Fragen des Unionsrechtes kritische Studien anzustellen! Ausgehend von den Verbindungen rein völkerrechtlicher Natur, wie sie durch einzelne Verträge, durch Allianz und Bundesgenossenschaft begründet, so wie von jenen Abhängigkeitsverhältnissen, die durch Lehennexus und Souzeränität geschaffen werden, kommt der Verfasser auf jene staatsrechtlichen Verbindungen der Staaten zu sprechen, bei denen schon eine dauernde Gemeinsamkeit staatlicher Verhältnisse eintritt, und bei welchen die Verbindung selbst schon einen staatenähnlichen Charakter annimmt. Ganz richtig wird das Machtverhältniß, welches dem Gesammtstaate gegenüber den einzelnen Staaten zukommt, für den Charakter dieser Verbindung so wie für den Namen derselben als maßgebend erklärt. Wir finden es aber nicht konsequent, daß die Personalunion, bei welcher nach der vom Verfasser gegebenen Definition eben nur die einzelnen Staaten, nicht aber die Verbindung selbst als staatliche Macht organisirt erscheint, so daß dem gemeinschaftlichen Regenten wohl als Beherrscher jedes einzelnen Staates, nicht aber als Herrscher des Gesammtstaates wesentliche Machtbefugnisse zustehen, nicht mit dem Staatenbunde, sondern mit der Realunion, dem Bundesstaate und Einheitsstaate auf gleiche Linie gestellt wird (S. 42). — Daß der Unterschied zwischen Personal- und Realunion, nicht wie bei Zöpfl, von der Dauer der Verbindung abhängig gemacht, und der Mangel einer gemeinschaftlichen Benennung des Gesammtstaates für den Charakter der Union bedeutungslos erklärt wird, erscheint uns vollkommen richtig. Als Personalunion wird jene Verbindung von Staaten erklärt, „bei welcher eine und dieselbe Person das Oberhaupt zweier oder mehrerer Staaten ist, und außer diesem gleichen Oberhaupte kein weiteres Band der Vereinigung zwischen den Staaten besteht; während es gerade das Bestehen der Vereinigung auch anderweitiger realer staatlicher Verhältnisse, die Vereinigung wesentlicher Thätigkeiten der Souveränität, die Vereinigung von Gesetzgebung und Regierung über wichtige Angelegenheiten ist, welche den Bestand einer Real-

union charakterisirt" (S. 44—45). Wie weit diese realen Machtbefugnisse des Gesammtstaates den einzelnen Ländern gegenüber sich erstrecken können, ohne endlich zum Begriffe des Einheitsstaates zu führen, wird nicht näher entwickelt. — Nun folgt der dogmatisch-historische Nachweis, daß unser Staat nach der Art der Verbindung seiner Länder eine wirkliche Realunion bilde, und daß diese engere Verbindung nicht etwa blos zufolge der neuen Staatsgrundgesetze, sondern seit älterer Zeit und kraft älterer Gesetze bestehe. Dieß wird, namentlich nach der vom Verfasser aufgeführten Begriffsbestimmung von Personal- und Realunion, wohl Niemand bestreiten, desto mehr Einwendungen ließen sich aber gegen einzelne Beweisstellen, die der Verfasser in dieser Schrift und in seinem „ungarisch-österreichischen Staatsrechte" für den Bestand dieser realen Vereinigung aus älterer Zeit anführt, erheben. Daß insbesonders die vereinigten Landtagsversammlungen, wie sie seit Ferdinand I. bis Carl VI. von Zeit zu Zeit stattgefunden haben, ein reales Unionsband nicht begründet haben, wurde schon in der Recension des „ungarisch-österreichischen Staatsrechtes" nachgewiesen. Wir fügen noch bei, daß die Gesetze der früheren Jahrhunderte nur zu leicht eine irrige Interpretation erfahren, wenn man sie nur der Begründung apriorischer Ansichten wegen durchforscht. Endlich darf auch der Umstand nicht übersehen werden, daß in einem Unionsstaate, wo der Monarch die ihm zustehenden Regierungsrechte in beiden Ländern durch dieselben Organe ausüben läßt, und mancherlei staatliche Verhältnisse gleichartig zu normiren strebt, dadurch noch keine gemeinsamen Behörden und gemeinsamen Gesetze für den Gesammtstaat geschaffen werden, wenn selbe nicht verfassungsmäßig als solche erklärt sind, da diese Gemeinsamkeit von den Einzelnstaaten mit Zustimmung des Monarchen jederzeit wieder aufgehoben werden kann. — Schließlich wird noch das den einzelnen Ländern durch die Verfassung gewährte weite Maß von Autonomie und Selbstverwaltung besprochen, und durch eine Vergleichung dieser Reichsverfassung mit der Bundesverfassung der Schweiz und der nordamerikanischen Vereinsstaaten nachzuweisen versucht, daß unser Staat in Bezug auf die Selbstständigkeit der Länder auch sogar hinter den zwei republikanischen Staatenvereinen, welche ihren einzelnen Ländern nominell die Souveränität zuschreiben, den Gesetzen nach nicht zurückbleibt. Bei dieser sonst sehr interessanten Vergleichung ist nur der Umstand nicht gehörig in Betracht gezogen worden, daß die Vertheilung der Machtbefugnisse zwischen der Centralgewalt und den Einzelnstaaten in einem republikanischen Gesammtstaate, wo die einzelnen Staaten eine ihnen ausschließlich angehörige Regierung haben, und in einem monarchischen Unionsstaate, wo das Haupt des Gesammtstaates zugleich der Landesfürst der einzelnen Staaten ist, jedenfalls sehr verschiedenartig ausfallen muß.

Aus dieser Inhalts-Anzeige ist ersichtlich, daß die Schrift viel Interessantes und Belehrendes enthält; bei näherer Durchsicht wird man die Ueberzeugung gewinnen, daß sich der Verfasser mit dem Studium des allgemeinen und österreichischen Staatsrechtes und auch mit selbstständigen Forschungen auf diesem Gebiete eingehend beschäftigt hat. Somit ist die Hoffnung vollkommen begründet, daß unser positives Staatsrecht, dessen Vortrag an der hiesigen Universität nach einer Unterbrechung von mehreren Dezennien er zuerst wieder eröffnet, an ihm einen würdigen Vertreter finden werde. A. P.

Ueber die Natur des sog. qualificirten Geständnisses im Civilprozesse und dessen Einfluß auf die Beweislast. Mit einem Anhang erläuternder Beispiele aus der neueren Spruchpraxis des O. A. G. zu Dresden Von Dr. K. M. Pösch-mann, k. sächs. O. A. G. Rath. 8. Leipzig, Roßberger. 1863. 75 Seiten.

Die vorliegende Schrift ist der Separatabdruck einer Abhandlung, welche P. zuerst im 5. Bande der Annalen des k. sächs. O. A. G. zu Dresden veröffentlicht hat, in welcher er die neuere Spruchpraxis dieses Gerichtshofes in Fällen des sog. qualificirten Geständnisses wissenschaftlich zu rechtfertigen sucht, ohne eine erschöpfende Darstellung dieser Materie und der verschiedenen darüber aufgestellten Ansichten zu beabsichtigen. Da die Frage wichtig und schwierig, auch in ihren Hauptpunkten noch nicht definitiv festgestellt ist, so bedarf eine neue Bearbeitung derselben, oder auch ein bloßer Beitrag zu ihrer Lösung eigentlich keiner Rechtfertigung; gerade solche Fragen müssen theoretisch und praktisch von den verschiedensten Seiten erledigt werden, um ihre endliche Erledigung zu finden.

Der Verfasser sucht zunächst, seinen Gegenstand auf praktischem Wege anschaulich zu machen, indem er einen concreten Fall den ganzen Lauf des Prozesses kurz, und zwar in verschiedener Weise durchmachen läßt, so daß — je nach der Beschaffenheit der Klage resp. Vernehmlassung — die streitige Frage über die Beweislast bei dem sog. qualificirten Geständnisse, welches er als Negation der Vollständigkeit der Klagedarstellung auffaßt (§. 15, 16), bald als entscheidend auftritt, bald gar nicht zum Vorschein kommt. Das Dresdner O. A. G. hat sich seit dem letzten Dezennium dieses Jahrhunderts jener Theorie angeschlossen, welche in dem qualificirten Geständnisse Ableugnung des Klagegrundes erkennt; eine Reihe von Erkenntnissen dieses Gerichtshofes, welche P. im Anhange (S. 52 f.) mittheilt, bezeugen diesen Standpunkt.

Um den Begriff der Unvollständigkeit der Klagedarstellung richtig zu bestimmen, unterscheidet P. (S. 26) zwei Zeitmomente: 1. den Moment, wo beide Theile einverstanden waren, ein Rechtsverhältniß zu begründen oder zu ordnen und 2. den Moment, wo das eine oder das andere vollzogen war; innerhalb dieser Momente liegen die Begriffe vollständig und unvollständig, worüber nur zu bemerken ist, daß diese Grenzbestimmung eigentlich bloß auf Kontrakte paßt. Das qualificirte Geständniß besteht nun nach P. (§. 17, S. 28) darin, daß der Beklagte zwar das vom Kläger in den Kreis seiner Darstellung gezogene Material zugibt, zugleich aber behauptet, daß der Kläger die zwischen jenen zwei Momenten liegende Verhandlung insofern unvollständig referire, als er Thatsachen verschweigt, die für die Existenz des geltend gemachten Rechtsverhältnisses relevant sind, wobei es aber weiterhin ganz gleichgiltig ist, ob die verschwiegenen Facta vor, zwischen oder nach denjenigen Umständen liegen, welche der Kläger allegirt hat, wenn sie nur in den durch die fraglichen zwei Momente gegebenen Kreis fallen; liegen sie dagegen außerhalb dieses Kreises, so bildet die zur Entkräftung der Klage erfolgende Berufung auf dieselben, eine Einwendung. Hier ist der Klagegrund eingestanden, und den Beklagten trifft die Beweislast rücksichtlich seiner Einwendung, dort ist der Klagegrund abgeläugnet, die Beweis-

last trifft den Kläger rücksichtlich jener Facta, worauf er sein Begehren stützt. Es sind auch complicirtere Fälle denkbar, deren nicht besonders erwähnt wird, so der Fall, da der Beklagte das Klagematerial zum Theil läugnet, überdieß aber die Verschweigung gewisser Facta geltend macht (z. B. er habe die Sache nicht für 1000, sondern für 900 gekauft, und nicht unbedingt, sondern unter einer aufschiebenden Bedingung) doch läßt sich mit den Distinctionen des Verfassers schon zu recht kommen; ebenso ist der Sinn der Definition des qualificirten Geständnisses nicht zweifelhaft, wenn auch, strenge genommen, gegen die Formulirung sich dieß oder jenes erinnern ließe.

Im Einzelnen geht P. zuförderst mehrere Fälle durch, in denen auch die Anhänger der sog. Exceptionstheorie über das qualificirte Geständniß in der Regel annehmen, daß die Antwort des Beklagten im Vergleich zur Klagedarstellung eine Verschiedenheit im Object involvire, und daß dieserwegen zuvörderst den Kläger die Verpflichtung treffe, das Klagefaktum zu erweisen (§. 8). Hierauf wird (§§. 9—12 vgl. §. 23 f.) gezeigt, daß ebenso, wegen der in der Vernehmlassung liegenden Negation des Klagegrundes die Beweislast den Kläger treffe, wenn dieser seinen Anspruch auf ein unbedingtes Geschäft gründet, während der Beklagte behauptet, daß das Geschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen sei, oder, wenn er die Beisetzung eines dies oder modus behauptet, während der Kläger von solchen Beredungen nichts erwähnt. Als Negation des Klagegrundes erscheint es ferner, wenigstens in der Regel, wenn der Beklagte die Abrede auf einen anderen Ort, oder eine Verschiedenheit der Subjekte bei der Contrahirung allegirt, z. B. daß er dem Kläger und dem Titius promittirt habe (ohne Correalität). Im weiteren Verlaufe (§. 18, S. 29) untersucht P., ob auch dann Negation des Klagegrundes in der Antwort liege, die Beweislast also den Kläger treffe, wenn dieser aus einem als unbedingt von ihm dargestellten Geschäfte klagt, der Gegner aber die Verabredung einer auflösenden Bedingung behauptet. Von seinem Standpunkte aus müßte P. consequent diese Frage bejahen, und er selbst hat diese Forderung der Consequenz ganz richtig gefühlt (vgl. S. 29); allein er entzieht sich derselben dennoch, und zwar aus rein prozessualischen Gründen. Uebereinstimmend (im Resultate) mit der herrschenden Lehre findet er in dem Vorbringen der Resolutivbedingung eine Einwendung, und weist die Last des Beweises dem Beklagten zu. Diese Behandlung der Resolutivbedingung ist so allgemein, daß sie auch fast durchgehends von jenen adoptirt wird, welche die Berufung des Beklagten auf eine Suspensivbedingung als Negation des Klagegrundes ansehen, was zumeist darauf gestützt wird, daß ein suspensiv bedingtes Geschäft vor Eintritt der Bedingung imperfekt, der Vertrag bis dahin noch nicht geschlossen sei. Wenn man diese Begründung für die entscheidende hält, so ist es mindestens scheinbar consequent, die Berufung auf eine Resolutivbedingung als eine Einwendung zu erklären, denn eine Bedingung dieser Art hindert die Perfection, den Abschluß des Geschäftes, keineswegs. Ist aber der Mangel der Perfection des suspensiv-bedingten Geschäftes in der That der wahre, oder doch der einzige Grund, aus dem die Vorschützung einer aufschiebenden Bedingung als Ableugnung des Klagegrundes erscheint? Tritt hier etwa noch ein anderer diese Eigenschaft begründender Umstand ein, so könnte es sich ereignen, daß

eben dieser Umstand in der Berufung auf die Resolutivbedingung mitspielt und dadurch die bezügliche Vernehmlassung zu einer Negation des Klagegrundes stempelt. Vergleicht man die concreten Rechtsverhältnisse mit einander, so erscheint das bedingte als ein *anderes* denn das unbedingte, wenn auch beide zwischen den nämlichen Subjecten und mit gleichem Gegenstande bestünden. Wird ein Geschäft unter einer Bedingung geschlossen, so ist die Beredung der Bedingung nicht etwas Aeußerliches, das dem aus dem Geschäfte wie aus einem unbedingten entstehenden Rechtsverhältnisse gleichsam erst nachträglich eine Modification (durch die Bedingung) anhängt, sondern es entsteht aus dem Geschäfte sofort, mit Einem Male das *concrete* Rechtsverhältniß, nämlich ein bedingtes. Die Beisetzung der Bedingung ist ein eben so wesentliches Merkmal des concreten Entstehungsgrundes (des fraglichen Rechtes), als die Bestimmung des individuellen Objektes. Erklärt der Beklagte, daß er unter (was immer für einer) Bedingung promittirt habe, leugnet er also das unbedingte Versprechen, so negirt er den Klagegrund (Entstehungsgrund), den der Kläger allegirt. — Die processualische Rücksicht aber, welche den Verfasser bestimmt, an der herrschenden Lehre festzuhalten, liegt darin, daß es dem Beklagten gar nicht möglich sei, ohne Beweisführung von der Klage loszukommen, wenn auch seine Berufung auf die Resolutivbedingung als Ableugnung des Klagegrundes angesehen würde, indem er, falls er den ohne Zweifel ihm obliegenden Beweis des Eintrittes der Bedingung nicht herstellen kann, das klägerischerseits prätendirte Recht auch dann anerkennen müßte, wenn die Verabredung der Bedingung constatirt wäre. Seine Berufung auf diese Bedingung sei deswegen in dem gegenwärtigen Processe an sich ganz irrelevant. — P. beruft sich überdieß auf die, dem ersten Anblicke nach allerdings befremdende, Folge der entgegengesetzten Ansicht, daß der Beklagte, der sich auf eine Resolutiv-Bedingung beruft, condemnirt werden muß, wenn zwar dem Kläger der Beweis des unbedingten Geschäftsabschlusses mißlungen, der Beklagte selbst aber mit dem Beweise des Eintrittes der Bedingung nicht durchgedrungen ist, ein Resultat, das sich nach der herrschenden Ansicht unter der letztgedachten Voraussetzung eben so ergibt, ohne daß erst dem Kläger eine Beweisführung aufgegeben werden müßte. Endlich legt P. auch der Erwägung kein Gewicht bei, daß dem Beklagten doch nicht zuzumuthen sei, seine „Exception" nach dieser Richtung hin vollständig zu begründen, weil er berechtigt gewesen wäre, die Klagebehauptung als unvollständig in Abrede zu stellen. Er führt dagegen den §. 37 des J. R. A. mit der Bemerkung an, daß der Beklagte nach diesem Gesetze schuldig sei, die Abschließung des Geschäftes unter der auflösenden Bedingung und den Eintritt der Bedingung gleich im ersten Termine vorzubringen, bei Vermeidung der Präclusion. Mit dieser Berufung auf §. 37 J. R. A. ist aber nichts gewonnen. Der §. 37 bezieht sich, in so weit es hier auf seine Bestimmung ankommt, nur auf das Anbringen der Einwendungen. So wenig nun erwiesen ist, daß die Vorschützung der Resolutivbedingung eine Einwendung sei, eben so wenig ist erwiesen, daß sie irrelevant sei, wenn nicht zugleich der Eintritt der Bedingung behauptet wird; dieses Vorschützen, wenn es auch ifolirt geschieht, ist vielleicht im Erfolge ungenügend, aber es ist nicht wesentlich irrelevant, wenn darin — und darum dreht sich eben der Streit — schon eine Negation des Klagegrundes liegt. Darauf also, daß dieses nicht der Fall sei (resp. daß in jener

Antwort des Beklagten eine wahre Einwendung liege, die, unter Anerkennung des vollständigen Klagegrundes, dem daraus abgeleiteten Rechte seine Wirksamkeit entzieht), müßte direct der Beweis gerichtet werden. Das urgirte Ergebniß zweier mißlungener Beweisführungen ist doch nur für den ersten Anblick für die Stichhältigkeit des der herrschenden Theorie entgegengesetzten Grundsatzes bedenklich; es folgt nämlich ganz ungezwungen aus dem besonderen Verhältnisse, daß der Kläger, der neben seiner Allegirung des unbedingten Geschäftes auch den Eintritt der Bedingung widerspricht, eventuell die Antwort (das sogenannte Geständniß) seines Gegners annimmt, also eventuell auf dieser Basis seine Forderung erhebt, was der Gegner nicht abweisen kann; deshalb ist dieser auch nach mißlungenem Klagebeweise zu condemniren, wenn er mit dem von ihm angetretenen Beweise des Eintrittes der Bedingung nicht aufkömmt; es stünde nun aber fest, daß das Geschäft als resolutiv-bedingtes eingegangen sei. — Von einer Nothwendigkeit für den Beklagten, den Eintritt der Bedingung zu beweisen, kann eigentlich erst dann die Rede sein, wenn die Eingehung eines resolutiv-bedingten Geschäftes in diesem Processe ausgemacht ist; die bloße Behauptung des Beklagten entscheidet darüber noch nicht. Mit welchem Rechte will man nun schließen, daß der Beklagte, weil er den Eintritt der Resolutivbedingung zu beweisen hat, wenn feststeht, daß ein resolutiv-bedingtes Geschäft geschlossen worden, vor Allem durch seinen Beweis feststellen müsse, daß überhaupt in dem Geschäfte eine solche Bedingung verabredet worden sei. Endlich ist auch der Fall wohl denkbar, daß der Kläger den Eintritt des Umstandes, der den Inhalt der angeblichen Resolutivbedingung bildet, gar nicht leugnen kann, auch in der That nicht in Abrede stellt, daß er aber dabei beharrt, den Contract unbedingt geschlossen zu haben. Hier kommt es nicht auf den Beweis dieses Eintrittes an, sondern nur darauf, daß constatirt werde, ob ein unbedingter oder ein bedingter Vertrag geschlossen worden sei. Hier entfällt also die Grundlage der Deduction, durch welche P. den allgemeinen Satz rechtfertigen will, daß der Beklagte die Beisetzung der Resolutivbedingung zu beweisen habe.

Wo P. durch jene processualische Rücksicht nicht gebunden wird, bleibt er übrigens seinem principiellen Standpunkte getreu. So erkennt er die Berufung des Beklagten auf einen Endtermin als Negation des Klagegrundes, weil sich der Eintritt des dies durch den Kalender oder durch Berechnung ohneweiters feststellen lasse (S, 38). Aehnlich wird die Berufung auf die Abschließung des Vertrages sub lege commissoria dann nicht als Einwendung von P. angesehen, wenn die lex comm. zwar in Gestalt einer Resolutivbedingung, aber in der Art verabredet wurde, daß das wirkende Moment der Bedingung in einem von dem Willen, resp. der Thätigkeit des Klägers abhängigen, daher durch diese auszuschließenden künftigen negativen Ereignisse beruht (§. 21, S. 35).

Da ich mir ein genaues Eingehen auf diese Details für eine besondere Abhandlung über den fraglichen Gegenstand vorbehalte, so schließe ich hiemit meine Bemerkungen über die Schrift des Verfassers, welche meines Erachtens jedenfalls als ein schätzenswerther, weil fördernder Beitrag zu der Lehre von dem sogenannten qualificirten Geständnisse erscheint. Dworžak.

Der Nord- und Ostsee-Kanal durch Holstein, Deutschlands Doppelpforte zu seinen Meeren und zum Weltmeere. Von J. J. Sturz. Berlin 1864. Verlag von Mitscheli und Röstell. 88 S. Groß-Octav. Mit zwei Karten.

Herr Sturz, wenn wir nicht irren, brasilianischen Andenkens und vielfach mit der deutschen Auswanderungsfrage verknüpft, schlägt in der hier angezeigten sehr beachtenswerthen Broschüre vor, einen 12 bis 13 Meilen langen, für die größten Seeschiffe fahrbaren Kanal in der die geringsten Schwierigkeiten bietenden Richtung vom lübischen Busen bis zum Ausfluße der Stör in die Elbe zu erbauen. Auf der Ostseite würde der durch Tiefe, Breite und Länge dazu vollkommen geeignete, äußerst geräumige Hamelsdorfer See in nächster Nähe der Ostsee die trefflichste Kanalmündung bilden, und somit zugleich der beste Seehafen und sicherste Kriegshafen Deutschlands hergestellt werden können. Die geologischen Verhältnisse des zu durchgrabenden Bodens, die Niveau-Angaben bezüglich des Terrains wie der beiden Meere sind nach durch die Karten des dänischen Generalstabes und die vorzüglichsten Privatarbeiten gewonnenen Anhaltspunkten vom Verfasser in einem Anhange mitgetheilt, obgleich er selbst zugibt, daß noch viel umfassendere, verläßlichere Vorstudien, wie sie zu einem so großartigen hydrotechnischen Werke unumgänglich nothwendig sind, angestellt werden müssen. Darin wird Jedermann, auch ohne technische Fachkenntniß zu besitzen, Herrn Sturz beistimmen, daß der jetzige Eiderkanal sich höchstens für den Lokalverkehr der Herzogthümer eignet, da er für Schiffe größern Tiefganges gar nicht fahrbar ist. Und auch nachdem der drückende Sundzoll endlich durch die europäische Convention des Jahres 1857 abgelöst worden, bleibt der höchst beschwerliche, langwierige Umweg aus der Nordsee in die Ostsee durch Kattegat und Skagerak, und ein unvermeidlicher Zeitverlust von mindestens zwei Tagen für Dampfer, — von sechs bis sieben Tagen, und dieß im günstigsten Falle, bei bester Witterung, für Segelschiffe. Aber noch gewichtiger fallen in die Wagschale der Betrachtung die alljährlichen, massenhaften Verluste an Menschenleben in jenen gefahrvollen, klippen- und inselreichen Meeren, und die an Schiffen und Waaren im Werthe von Millionen. Soll aber der projektirte Kanal eine Wasserstraße nicht nur für die Verbindung der zwei deutschen Hauptmeere, sondern für den Weltverkehr werden, dann muß er auch, wie der Verfasser wünscht, im größten Maßstabe angelegt werden, sein Wasserspiegel mindestens 320 Fuß, seine Sohle 200 Fuß breit sein, und seine Tiefe 30 Fuß betragen, damit zwei der größten Kriegsschiffe sich darauf ausweichen können. Von Schleußen dürfte keine Rede sein, denn wenn nach dem, vielleicht doch etwas sanguinischen, Anschlage des Verfassers durchschnittlich 80 Schiffe täglich von Mai bis September Durchgang forderten, was schon in den ersten Jahren unfehlbar eintreten würde, müßte sonst nur eine Stopfung und Hemmung des Verkehres erfolgen. Ein Kanal, welcher mehr als der von Suez oder Panama eine Weltstraße sein wird, darf auch nicht Eine Hebeschleuße enthalten. Deshalb muß er auch in die oben angedeutete Linie, als die geradeste und kürzeste, gelegt werden, welche die zwei entferntesten, durch ihn einander näher zu rückenden Länder, d. i. Rußland und Amerika, verbinden soll. In ähnlicher

Weise sagt Michel Chevalier in der S. 77 citirten Stelle, der Isthmus von Panama wird erst dann in Wahrheit durchstochen sein, wenn er von einem Kanal durchzogen wird, durch welchen ein aus Bordeaux oder Liverpool absegelnder Dreimaster geradewegs, ohne sich im Isthmus aufzuhalten, wenn es ihm so beliebt, bis Canton fahren kann. Die Erdarbeiten dieses Kanals würden nach Herrn Sturz's approximativer Berechnung an 8 Milliarden-Kubikfuß im Kostenbetrage von 63 Millionen Thalern betragen, während die am Suezkanal allerdings nur 3105 Millionen Kubikfuß ausmachen, wo aber im fernen Egypten die allerungünstigsten Verhältnisse den Franzosen im Wege stehen, wo Hindernisse der verschiedensten Art zu bewältigen sind, gegen welche die Schwierigkeiten des deutschen Kanals nur winzig erscheinen müssen. Der ganze Riesenbau würde, Alles in Allem genommen, voraussichtlich an 80 bis 90 Millionen Thaler kosten, und könnte in sechs bis acht Jahren vollendet werden. Seine Vortheile für Deutschland und den Welthandel schildert der Verfasser in den glänzendsten Farben, in einem industriell-schwungvollen Style und in einer Auffassung, die uns öfters an den seligen List erinnert. Herr Sturz hat offenbar in der Schule der Yankees viel gelernt, auch ihren kühnen, weitblickenden Unternehmungsgeist, ihre eigenthümliche Kraftsprache. Selbst dem Handel mit Eis und der Anlage von Austernbänken schreibt er eine große Bedeutung zu. Wir verweisen diesfalls auf die interessanten statistischen Notizen S. 9 und 84. Die Ufer des Kanals werden, wie er als gewiß voraussetzt, in nicht ferner Zeit eine fortlaufende grandiöse Magazinsstraße bilden. Längs dieser Straße muß an beiden Kanal-Ufern eine doppelte Eisenbahn für Passagiere und Frachtgut führen, außerdem, unmittelbar am Kanale, auf beiden Seiten desselben eine Schlepplokomotivbahn nicht nur für Segelschiffe, sondern auch für Dampfer zur Verhinderung von Zusammenstoß und zur Schonung der Maschinen. Zahlreiche Häfen, Docks und Lagerhäuser, die Schöpfungen besonderer Kompagnien würden in den Kanal einmünden. Für Handelsschiffe und Handelszwecke müßte der Kanal zu allen Zeiten und unter allen Umständen neutral bleiben, die Schiffe und Waaren feindlicher Nationen, in so weit sie sich beim Ausbruche des Krieges bereits im Kanale befinden, niemals konfiszirt werden können. Fremde Kriegsschiffe müßten auf immer von der Benützung des Kanals ausgeschlossen sein, eben deshalb nichtdeutsches Privateigenthum daselbst um so mehr unantastbar sein.

Der Staat — der deutsche Bund? — müßte der Kanalbaugesellschaft eine gewiß mehr nominelle Zinsengarantie, hauptsächlich für den Fall der Unterbrechung der Kanalschifffahrt durch den Krieg gewähren, wenn er es nicht vorzöge, den Kanal selbst zu bauen, da doch die Zollvereinsstaaten, ja Preußen allein das Anlagekapital, beträge es auch 100 Millionen Thaler unschwer, am zweckmäßigsten nach dem Muster der Eisenbahn-Anleihe durch Kanal-Obligationen aufbringen könnten. Oder man brauchte nur den Tabakzoll etwas zu erhöhen, um so die Gesundheit der deutschen Bevölkerung gleichzeitig mit der deutschen Seemacht zu fördern. Die Tabaksteuer von 73 und bezüglich 48 Millionen Thalern setzt England und Frankreich in den Stand, ihre stolzen Kriegsflotten zu erhalten. Dennoch würden, so meint Herr Sturz, der entweder kein Raucher oder kein großer Menschenkenner ist, dennoch dürfte es wenig französische Blousenmänner, und

wenig englische Fabriksarbeiter oder auch Höckerweiber geben, die sich nicht schämen würden, wohlfeilern Tabak zu schmauchen, wenn man ihnen sagte, daß ihr Land dann seine Flotte zu opfern hätte. Auch Deutschland könnte zu Gunsten eines großen Nationalzweckes jährlich um 25 bis 26 Millionen Thaler mehr Tabaksteuer entrichten.

Nur durch seine maritime Entwickelung — und der deutsche Kanal wäre ein Haupthebel derselben — kann Deutschland zu dem gelangen, was ihm so sehr Noth thut, zu einer thätigen Handelspolitik. Und nur darauf kommt es an, einige Quadratruthen deutschen Landes in eine Wasserfläche zu verwandeln. Mit der Blüte der Rhederei und des Seehandels steht aber die Fürsorge für die deutsche Auswanderung in innigem Zusammenhange. Ohne Seemacht keine Achtung gebietende Stellung gegen das Ausland. Ohne eine von Dänemark und den ausländischen Staaten, deren Einfluß dieser Staat noch lange unterworfen sein wird, unabhängige Verbindung zwischen Ost- und Nordsee keine Seemacht. In dem durch den Kanal ermöglichten Zusammenwirken des nordöstlichen und nordwestlichen Deutschlands liegt die unberechenbare politische Bedeutung dieses Baues. Nur die durch den Kanal hergestellte Einheit der deutschen Küste kann Deutschland die verlorene Macht zur See wieder geben. Im Falle eines deutschen Krieges könnte der Kanal unmöglich neutral erklärt werden. Denn der deutsche Kanal muß zugleich der Hauptkriegshafen der deutschen Flotte werden. An den Mündungen desselben müßten auch mächtige Forts zur Vertheidigung erbaut werden, die im Verein mit scharf gebauten Panzerschiffen jeden deutschen Nord- und Ostseehafen vor einer Blokade auch Seitens der ersten Seemacht der Welt sichern könnten. Außerdem enthält die Broschüre S. 49—56 einzelne, zum Theile scharfsinnige, Rathschläge über Befestigung der deutschen Strommündungen und Küsten.

Wir haben in den vorhergehenden Zeilen den wesentlichen Inhalt der, wenn auch nicht umfang-, so doch gedankenreichen Schrift mitgetheilt. In dem jetzigen Augenblicke ist die schleswig-holsteinische Frage in den Vordergrund deutscher und europäischer Geschichte getreten. Die national-ökonomische Bedeutung des nordalbingischen Kanals ist von der politischen nicht zu trennen. Groß, unberechenbar groß wären die Folgen eines solchen Unternehmens. Mögen auch die Berechnungen und Hoffnungen des Herrn Sturz hie und da überschwänglich, allzu sanguinisch sein, so sind wir doch überzeugt, daß die Anregung, die er mit anderen wackeren Männern in laut tönenden Worten gibt, nicht spurlos verklingen wird.

Leopold Neumann.

Grundsätze der Finanzwissenschaft. Von Dr. Karl Heinrich Rau, großh. bad. geh. Rath und Professor zu Heidelberg, Comthur ꝛc. ꝛc. Erste Abtheilung. Fünfte vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig und Heidelberg 1864. C. F. Winter'sche Verlagshandlung.

„Vollständige, geistreiche, gründliche und leicht faßliche Aufstellung gesunder Grundsätze der politischen Oekonomie, belegt mit einem eminenten Reichthum sorgfältig gesammelter und wohlgeordneter Thatsachen aus der Geschichte und den Zuständen der Gegenwart, mit trefflichen kritischen Hinweisungen auf die betref-

fende Literatur des In- und Auslandes, das sind die Vorzüge, welche dieses Buch zu einem Hauptwerke unserer Literatur erhoben haben."

Diese kurze, aber kräftige buchhändlerische Anzeige der C. F. Winter'schen Verlagsbuchhandlung in Leipzig kann man mit gutem Gewissen ohne vielen Vorbehalt unterschreiben, zumahl der errungene Erfolg, die Nachfrage nach diesem, auch unter dem Titel „Lehrbuch der politischen Oekonomie, III. Band" bekannten Buche, welche bereits eine fünfte Auflage nothwendig gemacht hat, für das Zutreffen dieser Beurtheilung spricht. Gern zolle auch ich diese Anerkenung einer wissenschaftlichen Arbeit, deren Schwierigkeit der Fachkundige wohl zu würdigen weiß, und welche sich in so klar faßlicher Darstellung dem leichten Verständnisse eines größeren Leserkreises zugänglich macht. Gerade dadurch zeichnet sich Rau's Werk vor vielen, vor den meisten Büchern anderer Schriftsteller über Finanzwissenschaft vortheilhaft aus, welche durch die Unbestimmtheit der angewandten Phrasen und unklaren Wortschwall nicht selten ihre Unsicherheit in der behandelten Materie zu verdecken streben müssen.

Rau's zweckmäßige Methode, den kurzen Text der vorgetragenen Lehren oder „Grundsätze" mit Anmerkungen zu begleiten, in denen nicht nur geschichtliche und statistische Daten den Text zu illustriren bestimmt sind, sondern auch kritische Verweisungen auf ältere und neuere Werke der Literatur den Leser mit den wesentlichen Leistungen der Wissenschaft vertraut machen, hat bereits manche andere Schriftsteller zur Nachahmung verleitet, häufig aber nur als Aushängeschild gedient, um den Verfasser in den Geruch großer Belesenheit zu bringen. Bei Rau dagegen ist dieses Beiwerk wirklich das Ergebniß gründlicher Forschung und umfassenden Wissens, so wie es auch von einem wahren Bienenfleiße Zeugniß gibt. Er geht hierbei so weit ins Kleinliche, daß er z. B. (S. 92) von mehreren deutschen Staaten das Gewicht der jedem gemeinen Soldaten täglich verabreichten Brotportion, dann der Ration für ein Zug- und ein Reitpferd, — (S. 93) den Kostenpreis und die Dauerzeit für eine Flinte, Ladstock, Bajonnet, Säbel und Carabiner, — (S. 87) die Kosten eines gemeinen Fußgängers, eines Reiters und eines Reitpferdes beim badischen Militär, — (S. 79) den täglichen Kostenaufwand und den Arbeitsverdinst eines Zuchthaussträflinges, — (S. 102) die Besoldungen und sonstigen Bezüge der Schullehrer u. s. w. im Detail anführt.

Wenn es erlaubt wäre, hierbei einen Wunsch auszusprechen, so würde es der sein, der Herr Verfasser hätte bei seinen häufigen Citaten anderer Bücher etwas vorsichtiger verfahren mögen, weil man zuweilen auf Citate solcher Autoren stößt, die vor dem Richterstuhle einer strengeren wissenschaftlichen Kritik nicht Stand halten, und daher weder mit ihren gebilligten Ansichten, noch mit ihren Irrthümern dem vorliegenden Werke zur Stütze oder Rechtfertigung dienen. Ich unterlasse es absichtlich, hier Beispiele dieser Courtoisie des Herrn Verfassers anzuführen.

Man braucht deshalb nicht mit dem gesammten Inhalte seines Buches einverstanden zu sein, um die Verdienstlichkeit seiner Leistungen anzuerkennen, bei denen er sich freilich, wohl mehr als mancher Andere, der werthvollen Unterstützung vieler Regierungsbehörden und Freunde, welchen er in der „Vorrede" auch hiefür

dankt, zu erfreuen hatte. Man hat daher auch davon Akt zu nehmen, daß der Verf. manche seiner in früheren Auflagen vertretenen Ansichten berichtiget hat, und diese neue Auflage mit Recht als eine „verbesserte Ausgabe" anzuerkennen ist.

Die großen Vorzüge, welche das vorliegende Werk auszeichnen, und die hervorragende Stelle, welche nach Verdienst alle wissenschaftlichen Leistungen des Herrn Verfassers unter der großen Zahl der neueren literarischen Arbeiten dieses Faches einnehmen, haben ohne Zweifel bewirkt, daß von den meisten Lesern fast alle darin vorgetragenen Lehren gläubig aufgenommen, und, wenigstens öffentlich, keiner strengeren Kritik unterzogen wurden.

Auch ein großer Theil der studierenden Jugend Jahr für Jahr eignet sich, in Ermangelung anderer gleich werthvoller, eben so leicht faßlicher Werke, das System des Herrn Verfassers an, muß aber später beim Uebertritte in das praktische Geschäftsleben nicht selten die leidige Erfahrung machen, daß gar manche der überkommenen Begriffe und Anschauungen auf die gegebenen Staatsverhältnisse mehr oder weniger unanwendbar sind.

Die Beziehungen des praktischen Lebens zu der „Finanzwissenschaft" hat der Herr Verfasser selber ganz richtig erfaßt, indem er (S. 106) treffend bemerkt, das die letztere „sich nicht allein mit dem Staate in der Idee, sondern auch mit den bestehenden Staaten beschäftigen und den Weg vorzeichnen soll, auf welchem sich das Finanzwesen derselben verbessern läßt."

Mit der von Tag zu Tag fortschreitenden Entwickelung des öffentlichen Verfassungslebens nimmt die Wichtigkeit der finanzwissenschaftlichen Forschungen immer mehr zu, und es ist daher doppelt zu wünschen, daß die wissenschaftlichen Leistungen in diesem Fache mit den gegebenen Verhältnissen der Gegenwart immer mehr in Einklang gebracht werden, daher die Aneignung von Irrthümern, die sich in späteren Jahren so schwer berichtigen lassen, vermieden werde.

Jene Wahrnehmung und der Wunsch, zur Klärung der Begriffe und zur Förderung der wissenschaftlichen Forschungen nach Kräften beizutragen, so weit langjährige, theoretische und praktische Studien hierzu befähigen, veranlassen mich daher, hier in dem engbemessenen Raume dieser Blätter einige Grundansichten des Herrn Verfassers, worauf er die Eintheilung seines Stoffes basirt, und die mir von wesentlichem Belange erscheinen, einer eingehenderen Besprechung zu unterziehen. Möge der Herr Verfasser daraus erkennen, daß nicht eitle Bekrittelungssucht, sondern das achtungsvolle Bestreben nach einer Verständigung über bisher streitige Materien meine Feder geleitet habe.

Sehr gut und wohl verständlich definirt der Herr Verfasser die Finanzwissenschaft als „die Wissenschaft von der besten Einrichtung der Regierungswirthschaft, oder von der besten Befriedigungsweise der Staatsbedürfnisse durch sachliche Güter"; — und behandelt darum im ersten Buche die Staatsausgaben (den Staatsaufwand, die Erfordernisse des Staatshaushaltes), und im zweiten Buche die Staatseinkünfte (die Mittel zur Deckung oder Bestreitung des Staatsaufwandes).

Die Einkünfte des Staates theilt er in zwei Hauptklassen, nämlich „nach der wirthschaftlichen Wesenheit ihrer Quellen" A. in Erwerbseinkünfte, und B. in Einnahmen aus Auflagen.

Die ersteren (A.) bestehen nach seiner Ansicht theils a) in einem Privat-Erwerbe oder in der Benutzung eines werbenden Staatsvermögens, theils b) in den Einnahmen aus der Ausübung bestimmter „Vorrechte" in Ansehung einzelner Zweige der Gewerbsthätigkeit, welche Vorrechte „Finanzregalien" oder „Regalien" genannt werden.

Die zweite Gattung (B.) der Staatseinkünfte theilt der Verfasser ebenfalls in zwei Kategorien, „je nach der Weise, wie die Verpflichtung zu einer gewissen Zahlung an die Regierung der Gerechtigkeit gemäß bestimmt werden kann", nämlich a) in sogenannte „Gebühren" und b) in Steuern.

Dieselbe Eintheilung der gewöhnlichen Quellen des Staatseinkommens findet man mit mehr oder weniger Modifikationen in vielen neueren Schriften über Finanzwissenschaft, obschon das moderne europäische Staatsrecht zu mancherlei Bedenken dagegen anregt. Die wissenschaftlichen Forscher scheinen noch nicht den Muth fassen zu wollen, überkommene Anschauungen und Begriffe aufzugeben, nachdem selbst die Gesetzgebungen der jüngsten Zeit gerade in Finanzsachen noch immer nicht in allen Beziehungen feste, den geänderten Verhältnissen besser zusagende Begriffe sich angeeignet haben, sondern häufig von ältern Zeiten überlieferte, und aus früheren Gesetzen hergebrachte Bezeichnungen für gewisse Dinge beizubehalten pflegen, deren Bedeutung dem Volke bereits bekannt ist.

Meines Erachtens ist die Einreihung der Staatseinnahmen aus den sogenannten Finanzregalien unter die „Erwerbseinkünfte" des Staates nicht ganz sachgemäß, und auch die Subsumtion gewisser Einkünfte (Auflagen) unter den Gattungsbegriff von sogenannten „Gebühren" im Gegensatze von „Steuern" zu beanständen, mithin auch die aufgestellte Definition von „Steuern" zu berichtigen, zu erweitern.

1. „Finanzregal" nennt der Herr Verfasser (S. 109 und 229) ein Vorrecht der Staatsgewalt in Beziehung auf ein Gewerbe, welches ohne besondere gesetzliche Bestimmung zu den bürgerlichen Nahrungszweigen gehören würde." Wenn auch diese Definition sachlich als zutreffend anerkannt werden muß, so folgt daraus noch keineswegs, daß die Finanzregalien, weil sie ein Gewerbe, eine Erwerbsunternehmung zum Gegenstande haben, „nach ihrer wirthschaftlichen Wesenheit" gleich einem andern „Privaterwerbe" der Regierung unter die Quellen der „Erwerbseinkünfte" des Staates gereiht werden müssen.

In einer „Geschichte" des Finanzwesens wäre es wohl am Platze, die Einnahmen aus sogenannten „Finanzregalien" als einen ehemaligen besondern Zweig der „öffentlichen Einkünfte" darzustellen, in sofern sie, wie der Herr Verfasser (S. 124 u. 230) selbst sagt, ehedem (und theilweise noch jetzt in einigen kleinen Staaten) in eine von der „Landeskasse" (Steuerkasse) getrennte „Kammerkasse" (für Domänen- und Regalieneinkünfte) einflossen, und seit Entstehung der landständischen Verfassungen in Deutschland ohne eigene Bewilligung der Stände, und ohne deren Mitwirkung und Aufsicht von den landesfürstlichen Beamten verwaltet wurden, — im Gegensatze der sogenannten „Steuern".

Das ist aber eine historische Einrichtung gewesen, welche, den damaligen Verhältnissen entsprechend, ihre rechtmäßige Begründung hatte, heute aber (wenig-

stens in der großen Mehrzahl der europäischen Staaten) ihre praktische Bedeutung bereits verloren hat. Wenn also auch in jener Einrichtung der eigentliche Ursprung der dermaligen (veränderten) Einrichtung zu suchen ist, so kann es doch kaum Aufgabe der Wissenschaft sein, Begriffe, die auf gewesene Zustände gepaßt haben mögen, auf jetzige, wesentlich abweichende Zustände anzuwenden oder zu übertragen. Daß aber der Wirkungskreis der Volksvertretungen in Ansehung der Aufbringung der Mittel zur Bestreitung des Staatsaufwandes ein ganz anderer geworden ist, wird nicht bezweifelt werden.

Gegenwärtig ist der Ausdruck „Regal," vom Gesichtspunkte des Finanzwesens aufgefaßt, zumal bei dem Bestande der modernen konstitutionellen Verfassungen, ein veralteter Begriff, und höchstens im allgemeinen Sinne eines „Hoheitsrechtes der obersten Staatsgewalt" anwendbar, gleichwie man der letzteren das besondere Recht, Steuern aufzulegen, Münzen zu prägen u. dgl. zuerkennt.

Als Gegenstände der Regalien bezeichnet der Herr Verfasser „Erdarbeiten" (Bergbau, Förderung des Steinsalzes und der Salzsoole, Sammeln von Salpetererde, Goldwäscherei, Jagd, Fischerei u. dgl.), — „Gewerksarbeiten" (Salz- und Salpetersiedereien, Münzprägung, Tabaks- und Schießpulverbereitung ꝛc. ꝛc.), — „Handelsgeschäfte" (Salzhandel ꝛc. ꝛc.), — „Dienstgeschäfte," welche unmittelbaren persönlichen Nutzen bereiten, Fortschaffungsgewerbe (Post, Telegraph, Eisenbahnbetrieb), Lotterie. Er geht (S. 230) von der Voraussetzung aus, das (moderne) positive Staatsrecht erkenne „Finanzregalien" an, und nur die Zahl der anerkannten „Regalien" sei in den verschiedenen Staaten eine verschiedene; — und bloß darum hält er „die Finanzwissenschaft für befugt, dieses Wort (Finanzregalien) in einem solchen Sinne zu gebrauchen, daß es eine bei der systematischen Eintheilung der Staatseinkünfte sich ergebende Gattung derselben bezeichnet."

Dieß ist es gerade, was ich bestreiten zu müssen glaube, weil jene Voraussetzung (wenn man auch nur die Einrichtungen der europäischen Großstaaten in's Auge faßt) thatsächlich nicht mehr zutrifft. So enthält z. B. die österreichische Reichsverfassung keine Ausnahmsbestimmung zu Gunsten von „Finanzregalien", und es findet sich auch in den neuesten österreichischen Finanzgesetzen von „Finanzregalien" keine Spur mehr, und mehrere Einkünfte, die der Herr Verfasser unter die „Erwerbseinkünfte" aus „Finanzregalien" zählt, wie z. B. das Salz-, Salpeter-, Tabak-, Lottoregal finden in Oesterreich ihre Stelle unter den „indirekten Abgaben", die übrigen unter andern Einnahmstiteln. Eben so streitet das englische und das französische Staatsrecht gegen jene Voraussetzung.

Es ist also die Annahme nicht statthaft, daß das „positive Staatsrecht" die Finanzwissenschaft berechtige, den Ausdruck „Finanzregalien" bei einer systematischen Eintheilung der Staatseinkünfte zur Bezeichnung einer besonderen Gattung derselben anzuwenden.

Der Herr Verfasser gibt selbst zu (S. 231, 232), daß der aus der Benutzung eines Regals entstehende „Monopolgewinn" in seiner Wirkung mit einer „Steuer übereinkomme", — derselbe unterscheide sich jedoch von

dem „Steuerertrage" durch die Art, wie er von der Regierung bezogen wird (also bloß durch die Form der Erhebung).

Während ich meinerseits die verschiedenen Rechtsquellen als obersten Eintheilungsgrund für die manigfaltigen Einkünfte des Staates annehme, theilt der Herr Verfasser die Staatseinkünfte „nach der wirthschaftlichen Wesenheit ihrer Quellen" ein, und weicht bezüglich der „Finanzregalien" namentlich darin von meiner Auffassung ab, daß er dabei offenbar den „Gewerbsbetrieb" als Selbstzweck, und nicht als Mittel zur Erreichung eines andern Zweckes betrachtet.

Nach meiner Ansicht ist die dem Staate bei Regalien vorbehaltene Ausübung einer Gewerbsunternehmung lediglich das für nützlich oder empfehlenswerth erachtete „Mittel", um auf diesem Wege dem Staate eine Einnahme zuzuwenden, die er als „Steuern" einzufordern berechtiget ist, die aber ohne andere nachtheiligere Folgen in der üblichen Form einer Umlage auf die Steuerpflichtigen nicht mit gleich günstigem Erfolge eingebracht werden könnte. Ich halte also im Hinblicke auf das moderne positive Staatsrecht die Staatseinkünfte aus sogenannten Finanzregalien für nichts anderes, als für besondere Formen der Steuern, und glaube sohin, daß dieselben nicht unter die „Erwerbseinkünfte", sondern unter die vom Herrn Verfasser sogenannten „Auflagen" zu klassificiren sind, wie schon der moderne Sprachgebrauch beispielsweise eine Tabaksteuer, eine Bergwerksteuer, eine Salzsteuer u. s. w. anerkennt.

2. Auch die Bezeichnung „Gebühren" für mehrere vom Herrn Verfasser darunter gereihte Staatseinnahmen paßt durchaus nicht unter den generellen Begriff von „Auflagen", von denen die sogenannten „Gebühren" eine Species sein sollen, — während andere wieder vollkommen den Charakter einer „Steuer" (freilich nicht in der vom Herrn Verfasser beliebten engen Bedeutung) an sich tragen.

Der Verfasser konstatirt (S. 348), daß die von ihm sogenannten „Gebühren" (wohl nicht alle) bisher gewöhnlich zu den „Steuern" im weitern Sinne gerechnet wurden. Er findet aber, daß sie sich von den eigentlichen Steuern so wesentlich unterscheiden, daß es nöthig sei. sie als „eine besondere Art von Auflagen" zu betrachten. Sie werden angeblich „bei solchen Gelegenheiten erhoben, wo der einzelne Bürger mit einer Staatsbehörde oder einer wesentlichen Staatsanstalt (im Gegensatze eines bloßen Staatsgewerbes) in eine gewisse besondere Beziehung kommt" (?).

Nach ihm sind (S. 109) „Gebühren Auflagen, die bei einer besondern Berührung der Bürger mit der Regierung gefordert werden, und daher als Vergütung für einzelne mit Kosten verbundene Maßregeln der vollziehenden Gewalt erscheinen."

„Steuern" im engeren Sinne dagegen und im Gegensatze zu den „Gebühren" nennt er (S. 110 u. 383) solche Auflagen, „die ohne eine einzelne Veranlassung der erwähnten Art, also ohne eine besondere Gegenleistung der Regierung, aus allgemeiner Bürgerpflicht fortdauernd (?) und nach einem allgemeinen Maßstabe (?) von den Bürgern gefordert werden."

Zu den „Gebühren" rechnet der Verf. (S. 352—383) namentlich: die Stempelgebühren (mit Ausnahme der Stempel auf Spielkarten und Zeitungen, die wieder als „Steuern" zu klassificiren sein), Taxen von Amts- und Würdenverleihungen, Gerichtssporteln (ein in Oesterreich übel berüchtigter Ausdruck), Gebühren für die freiwillige Gerichtsbarkeit, dann für die frühere Volljährigkeitserklärung, Abgaben von Liegenschaftsverkäufen und anderen Verträgen, von Schenkungen und Erbschaften, ferner Strafen, Polizeisporteln, Wasserbaubeiträge, Beiträge der Städte für das von der Staatskasse erhaltene Schutzpersonale, Gebühren für die Entlassung aus dem Waffendienste, Straßengeld, Wasserzoll, Abgaben von Gewerbsverleihungen und von Erfindungspatenten, Beförsterungsgebühren, Konsulatsgebühren, kirchliche Dispensationsakte, Schulgelder ꝛc. ꝛc.

Es ist hier weder der Ort noch der genügende breite Raum vorhanden, um jede einzelne Art der angeführten vielerlei Einkünfte des Staates in Bezug auf ihre Harmonie mit dem aufgestellten Begriffe von „Gebühren" zu kritisiren, und um zu prüfen, ob und welche von ihnen sich vom wissenschaftlichen Standpunkte mit Fug und Recht als „Steuern" im engeren oder in einem weiteren Sinne bezeichnen lassen. Hierzu bedarf es vor Allem einer genauen Kenntniß des Details ihrer Einrichtung, weil eben nur das Wesen, die Sache, und nicht ihre bald mehr bald weniger passende Benennung für eine wissenschaftliche Klassifikation maßgebend sein kann.

Ich will mich daher hier nur auf einige wenige Beispiele beschränken.

So nennt der Verfasser (S. 365) die „Eintrags- oder Registergebühr" — ungefähr dasjenige, was man in Oesterreich unter der Abgabe für „Vermögensübertragungen" versteht — keine Steuer, sondern eine (davon verschieden sein sollende) Gebühr. Die österr. Gesetzgebung reiht sie ausdrücklich unter die „indirekte Besteuerung," während sie nach wissenschaftlichen Anschauungen ohneweiters zu den sogenannten „direkten Steuern" gezählt werden müßte. Eben dahin gehört auch die vom Herrn Verfasser S. 370 besprochene „Erbschaftsgebühr", welche in Oesterreich nicht mehr unter diesem oder dem früheren gesetzlichen Titel der (direkten) „Erbsteuer" bekannt ist, sondern als Abgabe für „Vermögensübertragungen von Todeswegen", theilweise als „Gebühren-Aequivalent" erhoben wird, und unzweifelhaft zu den „Steuern" zu rechnen ist.

Das s. g. „Straßen- (Weg-, Chaussee-) geld" (in Oesterreich Weg- und Brückenmauth genannt) so wie die „Flußzölle" (S. 373 und 379) passen nicht gut unter obige Definition, denn wenn diese Zahlungen nur darum von den Steuern verschieden, und deshalb „Gebühren" sein sollen, weil der Zahlende bei der Zahlung in eine „besondere Berührung" mit der Regierung, mit einer „wesentlichen Staatsanstalt" (d. i. der Hebestelle, dem das Geld übernehmenden Mauthamte) kommt, so müßten consequent auch alle andern Auflagen, welche z. B. bei dem Eingange in einen mit Steuerlinien umschlossenen Orte an die daselbst aufgestellten „wesentlichen Staatsanstalten" (d. h. Linien-Steuerämter) entrichtet werden müssen, als „Gebühren", und nicht als „Steuern" zu klassificiren sein, was durchaus unrichtig wäre.

Bei der „Stempelgebühr" für Zeugnisse, Schuldscheine u. dergl. Urkunden, wobei eine „besondere Berührung" nur mit den Verschleißern des Stempelpapieres oder der Stempelmarken stattzufinden pflegt, fehlt gleichfalls jenes charakteristische Merkmal, das sie von „Steuern" unterscheiden, und als „Gebühren" qualificiren soll.

Dasselbe gilt von der Stempelabgabe von Frachtbriefen, und der Gebühr von Fahrkarten der Eisenbahn- und Dampfschifffahrts-Unternehmungen, die sich wissenschaftlich füglich nur als eine auf den Personen- und Sachenverkehr gelegte (Transports-) Steuer bezeichnen läßt.

Dagegen lassen sich Schul- oder Unterrichtsgelder (Honorare), Einschreibgebühren und Prüfungstaxen an den von der Regierung unterhaltenen Lehranstalten (S. 382) durchaus nicht ohne Gewalt als „Staatsauflagen" bezeichnen, obwohl nichts entgegensteht, sie als „Gebühren" (in einem andern als dem vom Herrn Verfasser gebrauchten Sinne) gelten zu lassen. Allein in dieser Bedeutung ist der Ausdruck „Gebühr" ein weit allgemeinerer Begriff, und ist auch anwendbar auf das „Ausmaß jeder Schuldigkeit" oder Forderung, mithin insbesondere auch auf den entfallenden Betrag jeder Abgabe oder Steuer.

Die „Straßenfrohnen" werden (S. 377) als „eine in Arbeit umgewandelte Gebühr" bezeichnet, — in der That eine sonderbare Fiktion, welche die Verlegenheit anzudeuten scheint, derlei Naturalleistungen unter den Begriff von „Staats-Einkünften" zu zwängen.

Ich habe bereits bei einer andern Gelegenheit*) in diesen Blättern Anlaß genommen, auf das Unpassende der generellen Bezeichnung gewisser Staatseinkünfte als „Gebühren" in der vom Herrn Verfasser gewählten Bedeutung aufmerksam zu machen, und muß diese Bemerkung mit Nachdruck hier wiederholen, damit der weiteren Verbreitung solcher Doktrinen nach und nach Einhalt gethan, und endlich ein allseitiges Verständniß der nothwendigsten Grundbegriffe erzielt werde.

3. Wenn die vorstehenden Bedenken gegen die Klassifikation gewisser Staatseinkünfte als „Gebühren" und als Einnahmen von „Finanzregalien", wie ich glaube, gegründet sind, so folgt daraus von selbst, daß auch die vom Herrn Verfasser aufgestellte Definition von „Steuern" nicht länger haltbar ist, und einer entsprechenden Erweiterung bedarf.

Es hat mir von jeher die Nothwendigkeit einer so vieltheiligen wissenschaftlichen Gliederung der „Staatseinkünfte" nicht eingeleuchtet, so wie mir auch der Gegensatz von „Staatseinkünften" und „Staatsausgaben" für die Aufgabe der „Finanzwissenschaft" nicht genug erschöpfend erscheint, wenn man nicht diesen beiden Ausdrücken einen vom gewöhnlichen Sprachgebrauche fernliegenden Wortsinn beilegen will Dann bekanntlich besteht die Staatswirtschaft nicht lediglich in der Vermittlung von „Ausgaben" und „Einnahmen," sondern auch in der Verwendung mancher anderer Leistungen. Da man derlei Leistungen füglich

*) Vergl. die Anzeigen über das „Lehrbuch der Finanzwissenschaft" von Dr. Karl Umpfenbach in dieser „Vierteljahresschrift", V. Bd., S. 33, und VIII. Bd., S. 11.

nicht als „Einnahmen" und „Ausgaben" behandeln kann, so sollte nach meinem Dafürhalten die „Finanzwissenschaft" überhaupt auf „sämmtliche zur Bestreitung des Staatsaufwandes erforderlichen Mittel", und nicht blos auf Einnahmen und Ausgaben Bedacht nehmen.

Bei einer solchen erweiterten Auffassung ergibt sich zuvörderst, daß der materielle Aufwand des Staates (wenn man von zufälligen Einnahmen, z. B. fremden Kriegsentschädigungen, oder sonstigen receßmäßigen Zahlungen anderer Staaten u. dgl. absieht), bestritten wird A. durch Benützung und aus dem Ertrage des unmittelbaren Staatsvermögens, dann B. durch Beiträge der Staatsangehörigen aus ihrem Vermögen oder Einkommen, also aus dem Volksvermögen.

Die Beiträge der Staatsangehörigen (B.) werden entweder a) Kraft des Besteuerungsrechtes des Staates, oder aber b) aus andern Rechtstiteln erhoben, für die es bei ihrer großen Mannigfaltigkeit an einer andern gemeinsamen Bezeichnung fehlt, für welche jedoch die Gattungsbegriffe „Gebühren" und Einkünfte aus „Finanzregalien" in der vom Herrn Verfasser gewählten Bedeutung jedenfalls theils nicht ausreichen, theils nicht zutreffen.

Es scheint daher eben so sachgemäß als für das allgemeine Verständniß förderlich, so wie es gewiß kein Verstoß gegen die Forderungen einer systematischen Gliederung ist, die gedachten Beiträge der Staatsangehörigen einfach in 1. Steuern (Abgaben), und 2. andere Beiträge zu scheiden, und unter den letzteren a) die baren Geldleistungen (Zahlungen) von b) sonstigen (Natural-) Leistungen zu sondern, in deren Ermangelung der Staat einen weitern Geldaufwand zu machen genöthigt sein würde. Solche Leistungen der letzteren Art (b) sind beispielsweise jene zur Bequartierung und Verpflegung des Heeres, dann der Gensdarmerie (wie sie in Oesterreich gesetzlich eingeführt sind), die Vorspannsleistungen u. dergl. m., Leistungen, welche oft sehr drückend sind und von der Wissenschaft nicht ignorirt werden dürfen, wenn die Mittel, mit deren Hilfe der Staatsaufwand zu bestreiten ist, erforscht werden sollen, und die Summe der Belastung der Staatsbürger richtig abgeschätzt werden will. Die nähere Begründung dieser meiner Theorie habe ich bereits in meinen „Grundzügen der österreichischen Finanzgesetzkunde"*) niedergelegt.

Es hat mir zur besonderen Befriedigung gereicht, daß auch Professor Hofrath Springer (in Haimerl's Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft, XIII. Bd., S. 93 ff., Wien 1856, Verlag von Friedrich Manz) der Sache nach die Richtigkeit meiner Eintheilung der Staatseinnahmen anerkennt, und die Nichtberücksichtigung von „Finanzregalien" als besondere Einkommensquelle gegenwärtig mit dem Bemerken billiget, „daß sich dagegen kaum etwas Erhebliches werde einwenden lassen, da Einnahmen aus der Benützung von Finanzregalien, wenn gleich dieselben ursprünglich für die landesfürstliche Kammer in der Regel zur Bestreitung der Hofauslagen bestimmt waren, ihren letzten Grund dennoch nur in dem Besteuerungsrechte haben."

*) Wien, 1855, bei C. Gerold und Sohn.

Hofrath Springer, welcher selbst „in der Theorie" eine besondere Ausscheidung von „Finanzregalien" befürwortete, sprach bei dieser Gelegenheit die (ungegründete) Vermuthung aus, daß unter andern auch die Einrichtung des österreichischen „Rechnungswesens" oder unserer „Finanzausweise" (wahrscheinlich weil ich zufällig dem Finanz-Beamtenstande angehöre) mich bestimmt habe, die Finanzregalien nur als eine „besondere Form der Ausübung des landesfürstlichen Besteuerungsrechtes" überhaupt zu erklären, und sagt: „Die Wissenschaft (das heißt wohl nur „gewisse Schriftsteller"?) pflege unter den Quellen, aus welchen die Bedeckungsmittel für die Staatsbedürfnisse bezogen worden, diejenigen, die aus der Ausübung der dem Landesfürsten besonders vorbehaltenen Rechte, den sogenannten Finanzregalien fließen, von den andern Einnahmsrubriken abzusondern", und er glaubt, die „Theorie" habe gute Gründe dafür. Denn es werde dabei zunächst „die geschichtliche Entwicklung und Gestaltung des Finanzwesens" am leichtesten ersichtlich gemacht; — dann sei bei Regalien-Nutzungen Arbeitslohn und Steuer in der Regel vereint zu denken u. s. w. Was sich auf diese theoretische Schutzrede zu Gunsten der „Finanzregalien" in der Wesenheit bemerken läßt, habe ich oben bereits angeführt, woraus mir hervorzuleuchten scheint, daß wir schließlich in der Wesenheit in unsern Ansichten übereinstimmen, und daß das „positive Staatsrecht" eine besondere Ausscheidung von sogenannteu Finanzregalien nicht rechtfertiget.

Nun glaube ich noch einmal auf die früher erwähnten, in dem vorliegenden Werke enthaltenen statistischen Notizen zurückkommen zu sollen. Wer nicht, wie der Herr Verfasser, im Besitze aller der Quellen ist, aus denen zu schöpfen er in der Lage war, und wer nicht Alles, was gedruckt steht, schon deßhalb unbedingt für wahr und richtig anzunehmen geneigt ist, der muß sich auf irgend eine Weise die Gewißheit darüber zu verschaffen suchen, ob und in wie weit er derlei statistischen Notizen Vertrauen schenken könne. Nur in dieser Absicht geschah es, daß ich mich der Mühe unterzog, beispielsweise bezüglich einiger solcher Daten die angeführten Originalquellen zu Rathe zu ziehen, so weit es namentlich Oesterreich und Preußen betrifft.

So vergleicht der Verfasser (S. 84 und 85) den Betrag des Militäraufwandes mehrerer Staaten mit dem Betrage der „reinen Staatsausgaben"; nach ihm betrug derselbe 1861 (nach dem Staatsvoranschlage) in Preußen 43.$_1$% — 1862 in Oesterreich (gleichfalls nach dem Voranschlage) 31.$_4$% der „ganzen Ausgabe, ohne die Erhebungs- und Verwaltungskosten der Staatseinkünfte". Hierauf hätte der ganze Netto-Aufwand (1861) in Preußen ungefähr 98,526.682 Rthlr. — und (1862) in Oesterreich 345.464.968 fl. (nach den Voranschlägen) betragen sollen.

Das preußische Präliminare scheidet die Staatsausgaben a) in Betriebs-, Erhebungs- und Verwaltungskosten und Lasten der einzelnen Einnahmszweige b) in Dotationen (darunter die Staatsschuld), und c) in Staats-Verwaltungsausgaben; und da diese Ausgaben zu a) mit 40,938.350 Rthlr, zu b) mit 16,289.424 Rthlr., zu c) mit 75,712.742 Rthlr, zusammen mit 132,940.516 Rthlr., mit Hinzurechnung des außerordentlichen Bedarfes von 7,025.742 Rthlr. mit 139,966.258 Rthlr. angesetzt sind, die sich über Abzug obiger Post zu a) pr. 40,938.350 Rthlr.

auf 99,027.998 Rthlr. vermindern, so stimmt diese Rechnung mit obigem Ansatze allerdings überein. Allein zu einer Vergleichung mit andern Staaten eignet sich derselbe nur dann und in so weit, als auch bei den andern Staaten genau dieselben Ausgaben, welche die preußische Regierung zu den „Betriebs-, Erhebungs- und Verwaltungskosten und Lasten der einzelnen Einnahmszweige" rechnet, in Abschlag gebracht werden. Dieser Fall ist nun gleich bei Oesterreich nicht vorhanden.

Das Präliminare (1862) für Oesterreich hatte die sämmtlichen Staatsausgaben mit 354,586.000 fl. veranschlagt, welchen Ansatz der Herr Verfasser, wie ich (aus einer andern Anmerkung S. 49) zufällig vermuthen muß, um 11 Mill. des Aufwandes für Finanzwache und Steuerämter verringert haben dürfte, um die Netto-Ausgaben darzustellen. Darüber wäre nun nichts Erhebliches einzuwenden, wenn die Staatsausgaben, welche in Oesterreich zumal aus den Steuerbeiträgen der Staatsangehörigen zu bestreiten sind, in dem mit dem Reichsrathe zu vereinbarenden Staatsvoranschlage und dem hierüber erfließenden Finanzgesetze vollständig nachgewiesen würden. Hierauf werden wir gleich wieder bei einer andern statistischen Notiz zu sprechen kommen *).

Seite 388 gibt der Herr Verfasser in einer Tabelle eine Nachweisung des rohen und des reinen Ertrages der Steuern in percentualer Vergleichung mit dem gesammten Einkommen mehrerer europäischen Staaten. Bei dieser Berechnung wurde (wie es S. 387 heißt) der Ertrag der vom Herrn Verfasser sogenannten „Gebühren" ausgeschieden, — dagegen aber wieder von den „Finanzregalien" (die er selber bekanntlich nicht zu den „Steuern" rechnet) der reine Monopolsgewinn vom Salz- und vom Tabaksregale sowohl dem rohen als dem reinen Ertrage der „Steuern" zugeschlagen. Daß also der Leser in den dargebotenen Daten einen Ausweis über den rohen und den reinen Ertrag „der Steuern" — in dem Sinne, wie entweder der Verfasser die „Steuern" definirt, oder wie sie von andern Schriftstellern oder von Praktikern aufgefaßt werden — eigentlich nicht erhält, ist hiernach klar dargethan, was bei einem so ganz willkürlichen Vorgange nicht befremden kann.

Bei Oesterreich wird (für 1862 ohne Angabe der Quelle, für 1864 nach dem Staatsvoranschlage) der sogenannte „Steuerertrag" angegeben

	für 1862		für 1864
a) roh mit	241,373.200 fl.	—	284,450.140 fl.
d) rein „	216,938.200 „	—	263,255.400 „

und dieser Steuerertrag soll sich beziffern vom ganzen Staatseinkommen, u. zw.:

	für 1862		für 1864
vom rohen mit	55.9 %	—	57 %
„ reinen „	74.1 %	—	72.6 %.

*) Welchen Werth die statistischen Berechnungen des vom Herrn Verfasser hier berufenen Fried. Fr. v. Reden besitzen, hat die Anzeige seiner „allgemeinen vergleichenden Finanz-Statistik" vom Jahre 1852 und 1853 in Haimerls „Magazin für Rechts- und Staats-Wissenschaft" (XI. Band, S. 272) nachgewiesen.

Zieht man den reinen vom rohen Ertrage ab, so würden sich die Einhebungskosten der Steuern (ohne Gebühren) belaufen auf 24,435.000 fl. im Jahre 1862, und 21,194.740 fl. im Jahre 1864, — was ich aus den eingesehenen Staatsvoranschlägen sowohl als aus den Finanzgesetzen für die beiden genannten Jahre nicht herauszufinden vermochte, selbst wenn ich, nach Anleitung des Herrn Verfassers, von dem einbezogenen Salz- und Tabakregals den reinen Manopolsgewinn sowohl bei dem rohen als bei dem reinen Steuerertrage allein in Anschlag brachte.

Ich will zum beliebigen Gebrauche der geneigten Leser nur die verbürgte Thatsache anführen, daß für 1862 nach dem Finanzgesetze v. 2. November 1862 (Nr. 76 des Reichsgesetzblattes) nach den in Oesterreich damals üblich gewesenen Eintheilungen von dem mit 294,650.334 fl. veranschlagten Einkommen netto 108,390.118 fl. auf direkte, und 177.066.458 fl. auf indirekte Steuern (sammt Postgefälle) entfielen.

Für 1864 ist in dem auf ganz andern Grundlagen gebauten Finanzgesetze vom 29. Februar 1864 (Nr. 14 des R. G. Bl.) die gesammte Einnahme von 12 Monaten auf (brutto) 488,453.075 fl. veranschlagt, und davon 125,104.000 fl. auf direkte Steuern, 245,092.887 fl. auf indirekte Abgaben, 13,653.908 fl. auf das Postgefälle gerechnet. Die vom Herrn Verfasser in seiner „Vorrede" S. X aus dem Staatsvoranschlage angeführten zwei Summen, die Einnahmen und Ausgaben, sind zwar richtig, wie er aber dabei die dritte Summe der „Erhebungs- und Betriebskosten" mit 148,326.000 fl. „berechnet" hat, ist mir trotz mancherlei Bemühung ohne nähere Anleitung unbekannt geblieben.

Was weiters Preußen anbelangt, so wird nach dem Voranschlage des Jahres 1861 der „Steuerertrag" angegeben, und zwar der rohe Ertrag mit 62,068.000 Rthlr. = 57%, der reine Ertrag mit 57,000.000 Rthlr = 58% des bezüglichen rohen oder reinen Gesammteinkommens. Hiernach würden die Einhebungskosten sich mit bloß 5,068.000 Rthlr. entziffern. Nachdem in diesem (von mir eingesehenen) Staatsvoranschlage angesetzt ist 27,665.157 Rthlr. für direkte, 36,326.700 Rthlr. für indirekte Steuern, und 8,741.650 Rthlr. für das Salzmonopol, zusammen 72,733,507 Rthlr., und da sich nicht errathen läßt, welche „Kosten" der Verfasser beim Salzmonopole, und welche Abgaben er von den in Preußen sogenannten „Steuern" auszuscheiden beliebt hat, so muß man den Versuch aufgeben, die eigenen Berechnungsdaten herauszufinden. Ich konnte mich nur überzeugen, daß die preußische Regierung die Erhebungs- &c. Kosten angesetzt hat mit 1,138.368 Rthlr. bei den direkten Steuern, 4,431.700 Rthlr. bei den indirekten Steuern, und 3,009.800 Rthlr. bei dem Salzmonopol, daher 8.579.868 Rthlr. zusammen.

Sieht man von dieser, schwerlich von allen Lesern gebilligten künstlichen Berechnungsmethode des Herrn Verfassers ab, so kommt, namentlich bezüglich Oesterreichs, noch der sehr wichtige Umstand zu berücksichtigen, daß es selbst an der Hand der erwähnten Finanzgesetze und Voranschläge Jemanden, der die eigenthümlichen Landesverhältnisse nicht kennt, nicht möglich ist, die richtigen Ziffer der eingehenden „Steuern" kennen zu lernen. Denn auch die besondern Zuschläge zu den Steuern für die Grundentlastung und die Landeserforder-

nisse sind „Steuern" im eigentlichen Sinne, mit der speciellen Widmung für gewisse Staatsbedürfnisse. Diese nicht unbedeutenden Zuschläge, die in einzelnen Ländern über 30—60 % der einfachen Gebühr und mehr betragen, sind in den gedachten Finanzgesetzen nicht zu finden, und von dem Herrn Verfasser gänzlich unberücksichtiget gelassen worden. Daß demnach auch die mit Außerachtlassung dieser Steuerzuflüße angestellten Berechnungen, Vergleichungen und daraus allenfalls gezogenen Consequenzen der verläßlichen Grundlage entbehren, versteht sich von selbst.

Ich kann mich füglich auf die hier gelieferten Proben beschränken, ohne auf eine weitere Kritik einzugehen. So viel ist aber gewiß, daß beliebige Gruppirungen von Zahlen, die mehr oder weniger in jedem Lande etwas anderes bedeuten, eine verläßliche, nützliche Vergleichung der Ergebnisse verschiedener Staaten außerordentlich bedenklich machen, ja überhaupt für Niemanden räthlich sind, und daß hieraus die größten Irrthümer entstehen, wenn der Leser das Detail und die wahre Bedeutung solcher Zahlenangaben nicht genau kennt, wie dieß gewöhnlich der Fall ist. Der Herr Verfasser mag nach seinen Anschauungen ganz richtige Berechnungen anzustellen glauben; er möge es uns verzeihen, wenn wir nicht jeden Zahlensatz blindlings für richtig, und für unsere Anschauungen maßgebend betrachten. Nach den vorstehenden Beispielen kann ich also, ohne die Berechnungsweise des Herrn Verfassers nach seinem Sinne bekritteln zu wollen, nur die Leser seines Buches vor irrigen Auffassungen und vor Mißbrauch mit seinen statistischen Notizen (woran er unschuldig wäre), warnen, und die größte Vorsicht bei Benützung solcher Zahlenangaben empfehlen.

Die Verlagsbuchhandlung hat nichts verabsäumt, um das Buch auch äußerlich würdig auszustatten; ein reiner, möglichst korrekter Druck fördert die Annehmlichkeit der Lektüre. Alois Dessáry.

Grundzüge des gemeinen deutschen Staatsrechtes, mit besonderer Rücksicht auf das allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse. Von Dr. Heinrich Zoepfl, großherzoglich badischem Hofrathe, ö. o. Professor d. Rechte in Heidelberg. Zweiter Theil. Fünfte, durchaus vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig und Heidelberg. Winterʃche Verlagsbuchhandlung. 1863.

Im Fortsetzen der Relation über das hier angezeigte Werk, dessen ersten Theil wir bereits in dieser Zeitschrift besprochen haben, müssen wir die Anerkennung voranstellen, daß auch dieser zweite Theil der fünften Auflage an Vollständigkeit und Brauchbarkeit wesentlich gewonnen habe. Die Grundlagen der Arbeit, so wie die Richtung, in welcher diese gehalten wird, sind unverändert geblieben und bekannt, weßhalb es hier vorzüglich auf die Angabe der Vermehrung und theilweisen Verbesserung des Inhaltes ankommen wird.

Es wird den Verfasser ohne Zweifel ein freudiges Gefühl erfüllt haben, als er während des Druckes der letzten Bogen dieses Theiles einen Wunsch zur Wirklichkeit werden sah, welchen alle Patrioten deutscher Einheit hatten, wir meinen die Versammlung der Bundesfürsten und Vertreter der freien Städte Deutschlands in Frankfurt a. M., um über die Reform des deutschen Bundes zu ver-

handeln. Ihm, dem aufmerksamen Beobachter der Thätigkeit der deutschen Bundesversammlung mußte dieß um so mehr eine wahre Herzensangelegenheit sein, als damit manche Veränderung der staatsrechtlichen Verhältnisse, die den Gegenstand seiner literarischen Arbeiten abgeben, in Aussicht gestellt war. Leider wurde diese Erwartung nicht erfüllt; statt des Aufbaues einer neuen, dauerhaften Feste kamen Waffenthaten an die Reihe; das große Werk mußte vorerst verschoben werden.

Der Inhalt des vorliegenden zweiten Theiles des gemeinen deutschen Staatsrechtes begreift die letzten sechs Abschnitte des Werkes, und zwar den 15ten bis 20sten Abschnitt. Dieselben behandeln: Das Volk und die Volksrechte, den Adel, die Landstände, die Gemeinden, die innere Verwaltung und die auswärtigen Verhältnisse Deutschlands. Der beigegebene Anhang enthält die Grundgesetze des deutschen Bundes und ein sehr brauchbares Register.

In dem fünfzehnten Abschnitte bringt der §. 303, der die bundesgrundgesetzliche Garantie der Postrechte des fürstlichen Hauses Thurn und Taxis bespricht, neue Thatsachen vor, wozu der Verfasser wahrscheinlich durch die mittlerweile über das Postwesen, namentlich im Herzogthume Nassau (1860 und 1861) gepflogenen landständischen Verhandlungen bewogen wurde. Es wird darin zunächst eine geschichtliche Entwickelung der Posteinrichtung im Reiche, dann das Rechtsverhältniß des Taxi'schen Reichspostlehens angegeben, insbesondere urkundlich nachgewiesen, wie die Post erst nach dem Lüneviller Frieden (1801), bis wohin dieselbe als eine kaiserliche oder Reichsanstalt (ein kaiserliches Regal) angesehen wurde, in den einzelnen Territorien, vorzüglich seit der Auflösung des deutschen Reiches (1806) zu einem landesherrlichen Hoheitsrechte gemacht wurde, mit welcher Aenderung nothwendig die Gerechtsame des postbelehnten Hauses in Frage kommen mußten. Bekanntlich hat die Presse der neueren Zeit mehrere Abhandlungen über diese Angelegenheit geliefert; der Verfasser des vorliegenden Werkes hat dieselben in den Heidelberger Jahrbüchern (1859, 1861) angezeigt und mit Bemerkungen versehen. Im Wesentlichen folgt er der in dem „Archiv für das öffentliche Recht des deutschen Bundes" v. Linde (1857, 1861) dargestellten Ansicht.

Der sechzehnte Abschnitt, der die besonderen Standesrechte des Adels in Deutschland aufzählt und beurtheilt, erhielt in dieser neuen Auflage zum Theile eine bessere Ausführung des Gegenstandes, zum Theile mehr Präcision, als sie in der früheren zu finden war. Insbesondere gilt dieß von der Frage über den Umfang und die Tragweite der Bestimmung, daß die Häupter der im Jahre 1806 mediatisirten fürstlichen und gräflichen Familien in den Einzelstaaten, denen sie angehören, die privilegirteste Klasse bilden sollen (S. 105—109).

Der Verfasser hält auch hier an der schon in der früheren Auflage ausgesprochenen Ansicht fest, daß das Mittelalter bei Bestimmung des Rechtsumfanges der Gesellschaftsklassen neben dem Allgemeinen auch die Mannigfaltigkeit zu berücksichtigen verstanden habe, während unserer Zeit der Sinn für die Würdigung der Mannigfaltigkeit fast ganz und zum großen Schaden des socialen Wohlstandes abhanden gekommen sei (s. Anmerkung 3 zum §. 303, S. 89). Wir können dieser Anschauung nicht beistimmen, weil der Beweis leicht herzustellen ist, daß der Wohlstand im Gange der intellektuellen und technischen Ausbildung der Völker

eine weit größere Ausdehnung erhalten hat, als er im Mittelalter erlangen konnte. Aus der Milderung oder Beseitigung greller Uebelstände in Recht und Pflicht ist im Allgemeinen viel Gutes hervorgegangen.

Die in dem siebenzehnten Abschnitte gegebene Darstellung der landständischen Verfassungen in den deutschen Bundesstaaten mußte, da in denselben seit dem Jahre 1856 wesentliche Verfassungs-Reformen eingeführt worden sind, nothwendig mehrere wichtige Neuerungen und Erklärungen aufnehmen. Namentlich war dieß bei der Angabe der Zusammensetzung und des Wirkungskreises der repräsentativen Körper in Hessen, Hannover, Nassau, Anhalt, Liechtenstein, Preußen und Oesterreich nothwendig geworden. Da hierbei zugleich der geschichtliche Hergang in Verbindung gebracht ist, so ist die Möglichkeit gegeben, den politischen Charakter des Verfassungslebens dieser Staaten in seinen successiven Uebergängen zu überblicken. Auch kamen in dieser Abtheilung mehrere, zum Theile durch politische Ereignisse an die Tagesordnung gebrachten Streitfragen zur Beantwortung, namentlich im §. 333 unter den Z. VI—IX, darunter speciell die Frage, ob landständische Corporationen, städtische Magistrate und andere Personen, welche durch die Einführung einer neuen Verfassung ihre Gerechtsame bedroht oder verletzt erachten, nach den bundesrechtlichen Bestimmungen befugt sein, bei der Bundesversammlung Beschwerde zu erheben. — Im §. 391 ließ sich der Verfasser angelegen sein, den Unterschied zwischen dem Petitionsrechte und dem Rechte der Initiative möglichst genau hervorzuheben, was in der früheren Ausgabe des Werkes nicht geschah.

Die neu in's Leben getretenen Verfassungen in Kurhessen, Hessen, Anhalt, Liechtenstein und Oesterreich gaben ein reichliches Materiale zur Aufnahme in diese Darstellung der staatsrechtlichen Verhältnisse Deutschlands, und man wird dem Verfasser die Anerkennung nicht versagen, daß er dieselben in der Regel sorgfältig bedacht habe. Nur in Betreff der neuen Staatsgrundgesetze Oesterreichs kann man dieß nicht behaupten. Es wird jedem Leser leicht auffallen, daß, während aus den Verfassungsurkunden des Fürstenthums Liechtenstein v. 26. September 1862, des Churfürstenthums vom Jahre 1831, der Landesordnung von Anhalt vom Jahre 1859 fast alte Singularitäten citirt oder in ganzen Stellen angeführt sind, aus dem österreichischen Verfassungsgesetze vom 26. Februar 1861 außer der im §. 362 über die Zusammensetzung des Herrenhauses des Reichsrathes aufgenommenen grundgesetzlichen Bestimmung, in diesem Abschnitte nur noch die §§. 10, 12 und 13 zur Sprache gebracht werden.

Der §. 397, in welchem von dem Rechte der Landstände in Bezug auf abgeschlossene Staatsverträge die Rede ist, erhielt eine vollständigere Behandlung dieses Gegenstandes, als dieß in der früheren Auflage der Fall war. Auch die in den §§. 398 und 399 über das Steuerbewilligungs- und Steuerverweigerungsrecht der Stände gemachten Betrachtungen sind im Geiste der Bundesakte und der Bundesbeschlüsse mit mehr Ausführlichkeit und Begründung gegeben.

Es ist die Wahrnehmung nicht gleichgültig, die man macht, wenn man die gegenwärtig bestehenden deutschen Verfassungen und Landesgrundgesetze, wie sie der Verfasser im §. 341 zur Uebersicht zusammengestellt hat, in Bezug auf die Zeit ihrer Entstehung unter einander vergleicht.

In den Wiener Conferenzen der Jahre 1819 und 1820 kam bekanntlich auch die Frage vor, was unter einer „landständischen" Verfassung zu verstehen sei. Das Ergebniß der Berathungen war im Wesentlichen des Inhaltes, daß eine landständische Verfassung eine allgemeine Landesvertretung sein solle, deren Bildung im Wege der Vereinbarung mit den bestehenden landständischen Körperschaften zu bewirken wäre.

Seit der Abhaltung der Wiener Conferenzen sind bereits 44 Jahre verflossen, und nicht müssig war in dieser Zeit der reformatorische Geist des deutschen Volkes. Hievon zeugen die neuen Verfassungen der meisten deutschen Bundesstaaten; nur Mecklenburg, nicht ohne Grund das Land des Herkömmlichen genannt, ist bei seiner aus dem Jahre 1755 stammenden Verfassung geblieben, während Nassau schon seit 1814 einer neu gebildeten Volksvertretung sich erfreut.

Aus dem Inhalte des achtzehnten und des neunzehnten Abschnittes, von welchen jener von den Gemeinden, dieser von der inneren Verwaltung handelt, glauben wir nur Nachstehendes bemerken zu sollen.

Die Abtheilung des hieher gehörigen Stoffes ist so, wie sie in der früheren Auflage vorkommt, beibehalten worden.

Die Abhandlung über die Unabhängigkeit der Gerichte, die Competenz derselben überhaupt und speciell in Bezug auf die Rechtsgültigkeit der eigentlichen, dann der sogenannten provisorischen Gesetze, der landesherrlichen Verordnungen und Rescripte, die schon in der vierten Auflage bearbeitet war, erhielt hier eine noch weiter gehende Erörterung und Begründung. Bei den Paragrafen über den Begriff von Gesetz (§. 430), über die rückwirkende Kraft der Gesetze (431), über die Entschädigung des Staates bei Entziehung von Privateigenthum (434) finden wir relevante, zur Aufklärung der Sache beitragende Zusätze. Ueberdieß hat der Verfasser in der auf Grund vorhandener Thatsachen beruhenden Hoffnung, daß bezüglich des Gerichtsstandes und der Vollziehung rechtskräftiger Urtheile in den deutschen Bundesstaaten bald eine zweckmäßige Fürsorge getroffen werden dürfte, den im Auftrage der Bundesversammlung ausgearbeiteten Gesetzentwurf über die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährenden Rechtshülfe dem vollen Inhalte nach aufgenommen. Dieser Entwurf soll zugleich Zeugniß geben, daß die Bundesversammlung fortan für die Ermöglichung einer gemeinschaftlichen Civil- und Criminalgesetzgebung in den deutschen Bundesstaaten Sorge trage.

Unter den in der Abtheilung „Polizeihoheit" behandelten Gegenständen kommen einige vor, die einer baldigen Abänderung entgegensehen, andere, die zum Theile nur vorläufige Verhandlungen über gemachte Anträge sind. Es gehören dahin: der Beschluß vom 12. März 1857 über den Schutz musikalischer Compositionen gegen unbefugte Aufführung; die von Preußen und Hessen schon zum wiederholten Male gestellten Anträge, die öffentlichen Spielbanken aufzuheben; die bisherigen Verhandlungen im J. 1861 zur Aufstellung gleichmäßiger Grundsätze über die Heimatsverhältnisse u. m. a.

Die Finanzverfassung des deutschen Bundes ist aus ihrer Einfachheit nicht herausgetreten, die Betrachtungen, die über die Finanzverfassungen der deutschen Bundesstaaten gemacht werden, sind durch neue nicht vermehrt worden, es ist daher auch über die Abtheilung „Finanzhoheit" nichts zu berichten. Dagegen

bringt die Abtheilung über die „Militärhoheit" mehrere Zusätze und Mittheilungen, die zur richtigen Darstellung der neuen staatsrechtlichen Verhältnisse in diesem Zweige der inneren Verwaltung gehören, und darunter namentlich: die Bundesbeschlüsse vom 29. April 1858 und 2. Juli 1863, welche die allgemeine Cartelconvention vom 10. Februar 1851 ergänzen; dann mehrere Bundesbeschlüsse, die sich auf die Besatzung der Bundesfestungen, auf die Entschädigungs- und Sicherungsansprüche der bürgerlichen Einwohnerschaft dieser Festungen beziehen u. m. a. Nicht ohne Grund hegt der Verfasser darüber ein Bedenken, ob die in der neueren Zeit von einigen kleinen Bundesstaaten unter sich oder mit einem größeren Bundesstaate abgeschlossenen Militär-Conventionen bezüglich der Formation ihres Heeres-Contingentes nicht zur Beeinträchtigung der vollen Souverainetät führen.

Noch dürfte aus der Abtheilung „Aemterhoheit" die im §. 520 vorkommende Frage, ob und wieferne der Staat aus den pflichtwidrigen Handlungen seiner Beamten verpflichtet werde und für den einem Dritten hieraus entstandenen Schaden zu haften habe, zu einigen Bemerkungen auffordern. Der Verfasser hat diese in mehrfacher Hinsicht wichtige Frage einer Umarbeitung unterzogen und neue Stützpunkte hinzugefügt, ohne jedoch seine frühere Ansicht und Behauptung aufzugeben. Veranlassung hierzu gab eine von A. Zachariä in der Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft (Band XIX, Heft 3 und 4) vorkommende Abhandlung über diese Angelegenheit. Wie bekannt, sind diese zwei Schriftsteller, da sie beide die gestellte Frage bejahend beantworten, nur in der Art der Begründung der Haftpflicht des Staates unter einander differirend. A. Zachariä leitet die Argumente dafür aus der Staatsidee überhaupt ab, während unser Verfasser die Analogie des römisch-privatrechtlichen institorischen Verhältnisses hier anwendbar und entscheidend findet. Offenbar bleibt der Letztere dadurch, daß er in seiner Beweisführung an bestehende, verwandte Rechtsinstitute anknüpft, auf dem positiv-rechtlichen Boden, ein Umstand, der in dem geschichtlichen Gange der Rechtsbildung in Deutschland von einem besonderen Gewichte ist und uns bestimmt, dieser Auffassung den Vorzug vor der anderen zuzugestehen.

Die äußere Ausstattung des Werkes wurde schon bei der Besprechung des ersten Theiles desselben als vollkommen befriedigend anerkannt.

Hofrath Dr. Springer.

Sammlung von wechselrechtlichen Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes. Von Dr. Julius Peitler. Wien 1864, bei W. Braumüller.

Die Veröffentlichung von Judikatenbüchern gehört der neueren Zeit an, und sie sind vorweg für die Praxis berechnet. Am meisten benützt werden sie in den Kanzleien der Parteienvertreter, dann wohl auch in den Gerichtsstuben der unteren Instanzen. Jene gebrauchen sie zu Nutz und Frommen ihrer Clienten, die letzten suchen oft darin Belehrung, und nicht selten imponiret ihrer eigenen Meinung die Entscheidung der höheren Gerichte. Wir wollen das Ansehen, welches die Entscheidungen der höchsten Instanz eines großen Reiches genießen, nicht leugnen; die Voraussetzung einer wissenschaftlichen Fachbildung, eines umfassenden

juristischen Wissens, einer mannigfaltigen vieljährigen Erfahrung bei jenen Männern, welche dem obersten Spruchcollegium angehören, sichern ihren Judikaten einen bedeutenden Einfluß auf den ganzen Gang der Praxis. Gerade aus diesem Grunde möchten wir aber hervorheben, daß die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes eben so wie die literarischen und legislatorischen Leistungen der Jurisprudenz der Kritik unterworfen sind, daß sie nur durch die Kraft ihrer Gründe auf die unteren Instanzen überzeugend und bestimmend wirken sollen. Es wäre gefährlich für die Justiz, wenn man den Ansichten oberstgerichtlicher Judikate Geltung zu verschaffen suchte, ohne von deren Richtigkeit überzeugt zu sein. Man darf niemals vergessen, daß der größte Fortschritt der Jurisprudenz auf theoretischem Wege sich vollzieht und die Praxis hieran ihren Halt finden muß. Ist doch die Praxis in der That nichts Anderes als die angewandte Theorie! Es ist doch die Aufgabe des gebildeten Juristen, die von der Praxis anerkannten Rechtssätze wissenschaftlich zu prüfen und zu erörtern. Findet er die Praxis im Einklange mit der Theorie, so wird er Genugthuung und Freude darüber empfinden, daß das, was die Wissenschaft lehrt, auch angewendet wird; findet er aber Abweichungen zwischen der Theorie und Praxis, dann wird und muß es seine Aufgabe sein, die Praxis zu bekämpfen, deren Fehler aufzudecken, in die Details ihrer Anschauung einzugehen und einen Ausgleich zwischen jener und der Theorie zu vermitteln. Unserer Ansicht nach besteht die wissenschaftliche Bedeutung der Judikatenbücher und ihr Werth für die Doktrin darin, daß sie die Rechtsanschauung eines Gerichtshofes dokumentiren. Selbstverständlich handelt es sich bei der Bearbeitung solcher Werke um die richtige Subsumtion der Thatsachen eines zur Entscheidung gelangten Rechtsfalles unter einen bestimmten Rechtssatz. Hierin besteht auch die Schwierigkeit der Aufgabe, und ihre entsprechende Lösung setzt Umsicht, juristische Bildung und Gewissenhaftigkeit voraus. Die Gerichtshöfe sprechen sich bei Begründung oft nebenbei über verschiedene Rechtssätze aus, die doch nicht im wesentlichen Zusammenhange mit der Sentenz stehen, oft ist das Material nicht gehörig gesichtet u. dergl. Hier kommt sehr viel auf Gewandtheit und juristischen Takt an, um das Relevante von dem Ueberflüßigen zu scheiden, und nicht Rechtssätze als von den Gerichten anerkannt auszugeben, welche diese niemals billigen würden. Je größer daher die wissenschaftliche Bildung desjenigen ist, der eine Judikatensammlung verfaßt, um so mehr Vertrauen kann der Leser haben, daß das Gericht wirklich jene Rechtsanschauung hat, welche an der Spitze des einzelnen Falles steht. Unger's und Glaser's Sammlung verdankt ihr Ansehen nicht wenig der hervorragenden Stellung ihrer Herausgeber. Aus der Aufgabe, welche eine Judikatensammlung erfüllen soll, scheint mir zu folgen, daß eine chronologische Ordnung der Entscheidungen nicht die richtige Art der Bearbeitung ist; eine Judikatensammlung hat nur dann bleibenden Werth, wenn das Material systematisch verarbeitet wird. Sie soll ein Bild der Anschauungen der Praxis über das geltende Recht in einem bestimmten Zeitraume geben, — um die Rechtssätze müssen sich die Entscheidungen wie Belegstellen gruppiren. Die Judikatenbücher sollen zeigen, welche Rechtssätze die Praxis konsequent festhält, sie sollen uns auf ein Schwanken der Praxis aufmerksam machen, und den Uebergang von der einen Rechtsanschauung zur anderen darthun. Man möchte sagen, die Judikatenbücher sollen eine Dog-

mengeschichte der Praxis liefern. Nur auf diese Weise scheint es uns möglich gemacht, die Anschauungen der Praxis in ausgiebiger Weise wissenschaftlich zu erörtern, sie zu bekämpfen, besser zu begründen oder deren dauernde Anerkennung zu bewirken. Alles dieses wird durch eine chronologische Aneinanderreihung von Entscheidungen nicht geboten; diese Methode sammelt bloß das Materiale zu der von uns geforderten Behandlung. Bei der chronologischen Anordnung des Stoffes muß der Leser selbst erst untersuchen, welche Anschauungen die Gerichte festhalten, oder wo ihre Ansichten zweifelhaft sind — während dieß eine — nicht unfruchtbare — Arbeit des Verfassers sein sollte. Jene Anordnung ist aber auch praktisch unzukömmlich, weil sie erst zur Zusammenstellung der zusammengehörigen Entscheidungen nöthiget, und dazu um so mehr Zeitaufwand erfordert wird, je umfangreicher die Sammlung ist. Allerdings können Judikatenbücher auf diese Weise in's Unendliche fortgesetzt werden. Was soll aber eine einzelne Entscheidung aus dem Jahre 1850 noch im Jahre 1890 bedeuten? Wird man sich auf jene noch berufen können, um die geltende Praxis zu erweisen? Will man aber zeigen, daß die Praxis seit 40 Jahren konstant blieb, oder daß sie schwankte, oder gar zum Gegentheile ihrer früheren Ansicht überging, welche Mühe wird man aufwenden müssen, bis man blos das Materiale hiezu — alle einschlägigen Entscheidungen aufgesucht und zusammengestellt hat? Hingegen wird man bei einer systematischen Anordnung der Judikatenbücher, wobei sich die einzelnen Entscheidungen in einem bestimmten längeren Zeitraume — etwa von 10 Jahren — um einen Rechtssatz reihen, leicht die Ansicht der Praxis in diesem Zeitraume auffinden können.

Nach diesen Erörterungen müssen wir die Bemerkung des Verfassers, in der Anordnung des Stoffes die chronologische Ordnung gewählt zu haben, „weil nur diese sich für Fortsetzungen eignet, und weil jede andere Anordnung mit zu vielen Unzukömmlichkeiten verbunden ist", für ungenügend halten und dessen Sammlung überhaupt nur für eine Zusammenstellung des Materiales zum Zwecke der Feststellung der Praxis des k. k. österreichischen obersten Gerichtshofes auf dem Gebiete des Wechselrechtes und des Wechselprocesses bezeichnen. Der Verfasser fand dieses Materiale in den juristischen Zeitschriften deutscher und italienischer Sprache vor und stellte hieraus „sämmtliche seit Einführung der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung in Oesterreich bis Ende des Jahres 1862 erflossenen dort publicirten wechselrechtlichen Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes" zusammen. Ausgeschieden wurden nur solche Entscheidungen, „welche Streitfragen betreffen, die im legislatorischen Wege bereits beseitiget wurden, welche lediglich Thatfragen behandeln, dann solche, die, wenn auch in Wechselprocessen erflossen, doch eigentlich civil- oder handelsrechtlicher Natur sind", endlich solche, von deren Authenticität sich der Verfasser nicht überzeugen konnte. Die Prüfung der „Authenticität" bestand aber blos darin, daß der Verfasser die Daten und Nummern der oberstgerichtlichen Entscheidungen einsah und darnach die Bezeichnungen der einzelnen Fälle in den Fachblättern richtig stellte. Dieß und nichts Anderes ist die einzelnen Fällen vorgesetzte Bemerkung: „nach den Akten berichtiget." Die Mittheilung des Sachverhaltes ist meist präcis — oft zu präcis, und die Entscheidungsgründe sind mit Rücksicht auf streitige Rechtsfragen meist richtig excerpirt. Muß dieses Streben des Verfassers anerkannt werden, so können

wir aber auch nicht unterlassen, hervorzuheben, daß wir in vielen Fällen die Gründe des obersten Gerichtshofes vergebens gesucht haben. Von den 262 Entscheidungen, welche der Verf. zusammengestellt hat, sind es nicht weniger als 63, bei welchen man zwar erwähnt findet, daß der oberste Gerichtshof die Entscheidung der ersten oder zweiten Instanz bestätiget — aber von den Entscheidungsgründen, die uns doch besonders interessiren würden, und welche wir von einer Sammlung oberstgerichtlichen Entscheidungen verlangen können, ist nichts zu finden. Darunter gibt es Entscheidungen der III. Instanz, deren Gründe schon in den Zeitungen veröffentlicht waren (so z. B. Nr. 108 der Sammlung). Die Ueberschriften der Nummern: 10, 27, 42, 61, 77 und noch andere entsprechen nicht dem zum Ausdrucke gekommenen Rechtssatze, und bei dem Falle Nr. 91 handelt es sich nicht um den Einfluß der Deponirung der Wechselsumme aus Gründen des Civilrechtes auf den Wechselprozeß, sondern um die Frage, ob der Wechselschuldner auch dann zahlen muß, wenn ihm die Löschungserklärung bezüglich des für den Wechsel haftenden Pfandrechtes nicht ausgehändiget wird. Die unter Nr. 94 mitgetheilte Entscheidung betrifft nicht das Wechselrecht, sondern die Bestimmungen der §§. 807 und 811 des a. b. G. B., zu denen dieser Fall auch seinerzeit in der Gerichts-Zeitung veröffentlicht wurde. Als besonders interessant heben wir hervor: Nr. 36, 49, 63, 69, 90, 98, 121, dann die neun Plenar-Entscheidungen Nr. 73, 74, 86, 135, 232, 245, 250 und 255. Zur leichteren Handhabung der Sammlung ist derselben ein systematisches und ein Paragraphenregister beigegeben.

Dr. J. Prix.

Der Glaubenseid. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung von Dr. Ernst Zimmermann, Oberappellationsgerichtsrathe in Lübeck. Marburg und Leipzig, in der N. G. Elvert'schen Universitäts-Buchhandlung. 1863 (VIII und 452 Seiten in Octav).

Der Verfasser beabsichtigte in dieser Schrift, zu der bereits im Jahre 1853 die Grundzüge festgestellt gewesen seien, keineswegs eine bloße Dogmengeschichte über den genannten Eid zu liefern, — sondern sein Vorhaben ging dahin, zu untersuchen und darzustellen, wie eines der schwierigsten und interessantesten rechtswissenschaftlichen Probleme in denjenigen Rechten, aus welchen der sogenannte gemeine deutsche Civilproceß hervorgegangen ist, fortschreitend seine praktische Lösung gefunden hat. Seine Untersuchung über den Ursprung, die Entwickelung und Berechtigung des Glaubenseides nimmt daher ihren Ausgang vom römischen Rechte (I. Buch, S. 3—78); übergeht sodann zum germanischen Rechte auf römischen Boden (II. Buch, S. 79—160); zum romanisch-canonischen Rechte (III. Buch, S. 161—274) und zum gemeinen Rechte in Deutschland (IV. Buch, S. 275—417), und schließt mit dem Versuche einer Verwerthung der gefundenen Resultate für das heutige Recht (S. 418—452).

Unter den Gesetzgebungen (drei großen) des vorigen Jahrhunderts, welche dem Glaubenseide nicht günstig waren, führt der Verfasser S. 370 und 371 auch die österreichische allgemeine Gerichts-Ordnung vom Jahre 1781 an, bemerkend: sie lasse die Delation sowohl als Relation des Eides zu, ohne dabei zwi-

schen factum proprium und alienum zu unterscheiden, und auch die Eidesformel bestimme sich nicht nach diesem Gegensatze, sondern lediglich danach, ob über eine eigene Behauptung, oder über eine Behauptung des Gegners geschworen wird. Wer den Eid angenommen hat, einerlei, ob Delat oder Deferent — denn auch dieser müsse den zurückgeschobenen Eid annehmen — ist nur schuldig, die von Gegenseits beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen; wenn er aber die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören hätte, müßte er den Eid ohne allen Beisatz (also de veritate) ablegen (§. 206 der G. O.). Für einen Glaubenseid bleibe daher nach dieser Gesetzgebung kein Raum; sie unterscheide sich aber von der preußischen wesentlich dadurch, daß der Eid des Nichtwissens immer nur dazu dient, eine Behauptung des Gegners zu beseitigen, niemals dazu, die eigene Behauptung zu bewahrheiten. Unter allen Gestalten, welche die Eideszuschiebung seit dem Eindringen der fremden Rechte in Deutschland angenommen hat, schließe sich diese in dem österreichischen Gesetzbuche (der Gerichts-Ordnung) recipirte dem reinen römischen Rechte am nächsten an. — So der Verfasser. Von den Schwierigkeiten, welche die Interpretation des citirten Paragraphes den österreichischen Juristen selbst bereitet, und von den verschiedenen Ansichten derselben über die eigentliche Bedeutung des Eides mit der Formel „seines Wissens und Erinnerns" scheint derselbe nicht Kenntniß genommen zu haben, — wenigstens gedenkt er derselben und ihrer Vertreter in der einheimischen Literatur nicht. Dieß soll indeß kein Vorwurf für den Verfasser sein; wir anerkennen vielmehr sein Verdienst bei der vorliegenden Arbeit, und haben eben deshalb Notiz davon genommen in diesen Blättern, mit dem Wunsche, daß dieselbe auch unseren Fachleuten nicht unbekannt bleiben möge. Gibt er uns auch — und er bekennt dieß bescheiden selbst — nach den neueren Leistungen Wetzell's, Renaud's, Viereck's und Andern nicht viel wesentlich Neues; so bringt er doch das Bekannte in einem bisher nicht eben so beachteten Zusammenhange als ein Ganzes — und verbreitet eben dadurch mehr Licht und Klarheit auch über Einzelnes. Für den praktischen Gebrauch des Glaubens- und Ignoranzeides, das Bedürfniß derselben in unserem Rechtsleben anerkennend, — abstrahirt der Verfasser am Ende aus den von ihm entwickelten Principien folgende einfache Regeln und Formeln:

A. Wer über eine ihm fremde und mit eigenen Sinnen nicht wahrgenommene Thatsache, die er selbst seiner rechtlichen Intention zu Grunde legt, einen Eid zu leisten hat, schwört, „daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit (nicht anders wisse, vielmehr) glaube (oder überzeugt sei), daß u. s. w."

B. Wer über eine Thatsache der bezeichneten Art, die der Gegner seiner rechtlichen Intention zu Grunde legt, einen Eid zu schwören hat, schwört, „daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit (nicht wisse und auch) nicht glaube, daß u. s. w."

C. Wenn jedoch im Falle unter B. der Schwurpflichtige behauptet, von den betreffenden Verhältnissen gar keine Kenntniß zu haben, und dieser Behauptung keine sachlich begründeten Bedenken entgegenstehen, braucht er nur zu schwören, „daß er ungeachtet sorgfältiger Nachforschung über die vom

Gegner behauptete Thatsache, daß u. s. w. nichts habe in Erfahrung bringen können." y.

Die Ehrenbeleidigung mit Rücksicht auf das österreichische und gemeine deutsche Strafrecht. Von Josef Schneid. Graz, 1864.

Das vorliegende Schriftchen ist eine wohlgemeinte Erstlingsarbeit, welche mit Zuhilfenahme einiger Lehrbücher und Abhandlungen — den Begriff der Injurien und den richtigen Gesichtspunkt der Strafbarkeit aller Arten der Ehrverletzungen festzustellen versucht. Ohne Weiteres wird der Ehrbegriff nach Köstlin acceptirt, das Recht auf Ehre mit Frühwald postulirt, die Ehre als das Princip des Rechtsstaates nach dem Rechtslexikon proklamirt. — Die Erörterungen, welche gründlichen principiellen Untersuchungen und einer Kritik der neuen Gesetzgebungen des Auslandes nicht selten aus dem Wege gehen, berühren inner der Rubriken: — Begriff und strafrechtliche Natur der Ehrenbeleidigung. Subjekt derselben. Grunderforderniße jeder Ehrverletzung. Eintheilung der Injurien. Der Wahrheitsbeweis. Die Strafe. Erlöschungsarten. — zahlreiche Fragen aus der Kasuistik der Injurien mit Rücksicht auf das bestehende mangelhafte Gesetz über Vergehen und Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre. Wahlberg.

Ueber das Schwurgericht. Sieben Vorträge, gehalten in der Zeit vom 16. Jänner bis 20. März 1863 im Vereine zur Uebung gerichtlicher Beredsamkeit zu Wien, von Dr. Anton Ritter v. Hye-Glunek, k. k. Sectionschef im Justizministerium. Wien, 1864. Friedrich Manz.

Zur Juryfrage, von Prof. Dr. Julius Glaser. Wien, 1864 Friedrich Manz.

Obgleich die Regierung schon vor drei Jahren die Erklärung abgegeben hat, Schwurgerichte dort, wo sie 1850 bestanden hatten, wieder einführen zu wollen, der Entwurf der neuen Strafproceß-Ordnung die Jury aufgenommen hat, mehrere Landtage und alle Parteien im Abgeordnetenhause sich entschieden für die Wiedereinführung der Geschworenen ausgesprochen haben, sind wir über literarische und parlamentarische Erörterungen der Juryfrage nicht hinausgekommen und stehen noch immer auf der Grenzbrücke, die uns aus dem unerquicklichen Gebiete des bestehenden Strafverfahrens von 1853 an das Ufer des modernen Schwurgerichtsprocesses führen und mit der großen Mehrheit der deutschen Strafgerichtsverfassungen wieder auf gemeinsame Grundlagen stellen soll. Die Geduldproben des Wartens auf die als Bedürfniß anerkannten Justizreformen können nicht nützlicher bestanden werden, als durch neuerliche gründliche Prüfung jener Institutionen, die wir bereits, wenn auch nur leider für kaum anderthalb Jahre, aus eigener Anschauung kennen gelernt haben. Gerade dieser Umstand, daß ein deutscher Großstaat im Begriffe ist, diese vielfach angefeindeten Institutionen auf Grund selbstständig gemachter Erfahrungen, wieder einzuführen, hat eine über die Grenzen desselben hinausreichende Bedeutung, und an dieser hat folgeweise auch die Polemik Theil, die sich auf diese Lage der Schwurgerichtsfrage bezieht. Irren

wir nicht, so wird nicht nur ein heftiger parlamentarischer Kampf um die Ländergebiete der Jury, sondern auch ein lebhafter, das Schicksal des Strafproceß-Entwurfes entscheidender Parteienstreit um die Grenzen der Kompetenz der Schwurgerichte entbrennen. Schon aus diesem Grunde kommt die Wiederaufnahme des alten Schwurgerichtsstreites in unserer Literatur nicht zu spät, zumal wenn derselbe von Leidenschaftlichkeit und Parteieinseitigkeit frei geführt wird.

Die erstgenannte Schrift ist zwar nicht frei von Uebertreibungen, aber die Vielseitigkeit und Entschiedenheit ihrer Gesichtspunkte, der heilige Eifer des für ein öffentliches mündliches Rechtsverfahren mit einem wahrhaft unabhängigen Richterstande begeisterten, in Abscheu vor der Jury erglühenden, vielerfahrenen Verfassers überzeugt uns, daß wir es mit keiner gewöhnlichen Gelegenheitsschrift oder Uebung der gerichtlichen Beredsamkeit zu thun haben.

Die zweitgenannte Schrift eines nicht weniger hervorragenden kriminalistischen Autors, zum Theile gegen v. Hye's Angriff gerichtet, beleuchtet in ruhiger, eleganter Darstellung die überwiegenden Vortheile der Jury-Institution und einige Schwächen der Beweisführung seines gewandten Gegners. Dieser legt vorwiegendes Gewicht auf die politische Seite des Schwurgerichtes, Jener auf die juridisch-technische Seite desselben, ohne daß die Juryfrage, wie dieß leider in der älteren Literatur der Fall war, aus dem Gebiete des Rechts auf das der Politik verschoben würde. Darin erkennen wir einen beachtenswerthen Fortschritt, weil sonst nur zu leicht die Gerechtigkeit der Politik mitten im Kampfe für neue Rechtsinstitutionen zum Opfer gebracht werden kann. Ziehen wir die Summe der Ergebnisse der neuesten Untersuchungen über die Jury von Gneist, Meyer, Mittermaier, Plank, Walther, Schwarze, Zachariä u. A., so behaupten die beiden angezeigten Schriften neben diesen schon aus dem Grunde ihren Werth, weil sie den Angelpunkt des ganzen Schwurgerichtsstreites geradezu sehr ernstlich in's Auge fassen.

Man bezeichnet gewöhnlich die Scheidung der That- und der Rechtsfrage als das große Räthsel, von dessen Lösung das Schicksal des ganzen Institutes abhängt. Alle übrigen Bedenken gegen die Jury treten, so sagt man, vor diesem Räthsel in den Hintergrund. Das Räthsel scheint mir unrichtig formulirt.

Es handelt sich nicht darum, ob sich That- und Rechtsfragen bei der Entscheidung über die Schuld trennen lassen. Darüber sind die Akten geschlossen, daß diese Trennung in vielen Fällen unmöglich sei, und daß die über die Schuld entscheidenden Geschworenen zugleich Rechts oder Gesetzesfragen zu beurtheilen haben, wie ich dieß 1851 in der österreichischen Gerichts-Zeitung gegen Nippel und v. Rizy nachzuweisen versucht hatte. Vielmehr kommt es darauf an, das juristische Element in der Entscheidung der Schuldfrage durch Zuziehung von verständigen Männern aus dem Volke, die nicht angestellte Richter sind, zu verstärken, und der laienhaften Auffassung des Strafgesetzes zum Ausdrucke zu verhelfen. — Nicht nur der Gegensatz einer blos temporären Mitwirkung an der Urtheilsfällung zu dem ständigen Richteramte, sondern auch die Verschiedenartigkeit der Lebenskreise, welchen Richter und Geschworene angehören, kommen hier vor Allem in Betracht. Während Bildung, Gesichtskreis, Studiengang, Weltkenntniß der Strafrichter ziemlich genau übereinstimmt und zu einer verhältnißmäßig gleichartigen

Anschauung der Dinge führen, sind in den Geschworenen ungleich mehr verschiedene Standpunkte der Beobachtung und Erfahrung vertreten.

Es läßt sich, wie eine interessante Abhandlung in der deutschen Vierteljahresschrift 1862 ausführte, eine Fülle von Kenntnissen und Beobachtungsweisen in der Geschworenenbank vereinigen, wie sie ein eben so zahlreiches Kollegium ständiger Beamten — Richter zu bieten nicht vermag. Entscheidend für das Schicksal der Jury ist es nun, ein solches Zusammenwirken des rechtsgelehrten und des volksthümlichen Elementes durch richtige, den Eigenthümlichkeiten beider Elemente entsprechende Vertheilung der Funktionen der Urtheilsfällung zu bewerkstelligen, daß das Verfahren dadurch gründlicher, vielseitiger und beruhigender werde, als vor einem Kollegium von ständigen Juristen. Darin liegt der Ruhm und zugleich die Gefahr der Jurygesetzgebung. Die vielfachen mangelhaften Experimente, die in dieser Richtung, namentlich in Frankreich, angestellt worden sind, dürfen uns nicht abhalten, die Vortheile für die Rechtspflege zu verwerthen, welche bei einer zweckmäßigen Vertheilung der Geschäfte unter Gerichtshof und Geschworenenbank erzielt werden können. — Dr. v. Hye findet den Angelpunkt der ganzen Frage darin, daß die Entscheidung zwischen einem fragenden und einem antwortenden Kollegium getheilt sei und behauptet, daß dieser Fragenmechanismus der Auffindung der Wahrheit wie dem Erkennen der materiellen Gerechtigkeit principiell entgegenstehe. Der durch umfassende Belesenheit, reiche Erfahrung und glänzende Dialektik ausgezeichnete Verfasser ist der Meinung, daß dieser Fragenformalismus die Eruirung der materiellen Wahrheit oder selbst nur des wirklichen Willens der Geschworenen nicht selten unmöglich mache, daß derselbe angeblich im Wesen des Schwurgerichtes gelegen ist, nicht blos an der französischen Einrichtung desselben haftet, daher überhaupt zu ungerechten Urtheilen, verfehlten Verdikten, Justizmorden führen müsse. — Daß Eventual- und Alternativfragen bei der Urtheilsfällnng durch Geschworene leicht zu Anlässen sowohl einer verfehlten ten Fragestellung wie einer widersprechenden Beantwortung werden können, wird an einzelnen Beispielen mit Schärfe und überzeugend nachgewiesen. — Folgt aber aus den nachgewiesenen Schwierigkeiten der französischen Art der Fragestellung — die Unmöglichkeit der Beseitigung derselben? Beschränken sich nicht alle Versuche des Verfassers, einzelne eklatante Fälle in dieser Richtung hin zu zerlegen, eben nur auf die demonstrirten Fälle? Können diesen Fällen nicht wenigstens Jahr aus Jahr ein, zehnfach so viele entgegengestellt werden, in welchen die gerügten Schwierigkeiten vermieden werden konnten? Hat der Verfasser auch nur alle denkbaren Verbesserungen der Fragestellung in Betracht genommen? — Vor Allem gibt v. Hye (S. 74) bei Schilderung der englischen Jury selbst zu, daß Richter und Geschworene durch ihr Zusammen- und Ineinanderwirken im Grunde Ein Kollegium bilden können. — Seine Behauptung, daß der gesammte Fragenkomplex als ein fertiger, abgeschlossener hingestellt werden müsse, und das antwortende Kollegium sich einer Diskussion nach Entscheidung der Hauptfrage zu enthalten habe, paßt daher nur auf die französische Einrichtung der Jury und ihre Nachbildungen, keineswegs aber auf die englische Jury, am allerwenigsten aber auf das begriffliche Wesen der Jury überhaupt. Die weitere Behauptung, daß die Verdikte der Geschworenen unwahre, künstliche Konklusa einer unberechenbaren

Majorität seien, ist in so weit unrichtig, als auch bei rechtsgelehrten Kollegien, welche ungetrennt die ganze Schuldfrage entscheiden, nicht selten erkünstelte Majoritäten vorkommen. Man denke nur an die innere Wahrheit jener künstlichen Majorität, die mit drei Stimmen gegen zwei Stimmen über den Tod eines Angeklagten entscheidet, welchen zwei Votanten für nicht schuldig erklärt haben!

Was die behauptete Unmöglichkeit betrifft, die Geschworenen in die Lage zu setzen, sich mit dem rechtsgelehrten Gerichtshofe über die Fragestellung und den Zusammenhang einzelner Antworten zu berathen, so läßt sich dagegen bemerken, daß im Wesen des Schwurgerichtes nicht das geringste Bedenken gelegen ist, die Fragestellung nach dem Schlusse des Beweisverfahrens als ein eigenes Proceßstadium dergestalt zu behandeln, daß an derselben den Parteien und den Geschworenen eine Mitwirkung eingeräumt werde und der definitiven Fragestellung eine Berathung der Geschworenen und eine Verständigung derselben mit dem fragenden Kollegium vorangehen könne. Es hat hienach das von dem Verfasser mit großem Geschick blosgelegte Uebel seinen Grund nicht nothwendig im Wesen der Institution, vielmehr in der französischen Einrichtung derselben. So wenig wir das auf unsere Verhältnisse nicht übertragbare englische Original zu kopiren haben, eben so wenig haben wir die Mißgriffe der französischen Einrichtung zu adoptiren. Am allerwenigsten können wir uns aber mit jener zwitterartigen Einrichtung befreunden, welche die Entscheidung der Schuldfrage einem aus Juristen und Schöffen zu einem ungetrennten Kollegium vereinigten Gerichte zuweiset. Da der Verfasser eben nur eventuell den Vorschlag in Erwägung zieht, an die Stelle der Schwurgerichte ständige durch Schöffen verstärkte Gerichte treten zu lassen, und dagegen schon in der österreichischen Wochenschrift 1864, Nr. 32, Bedenken ausgesprochen wurden, so kann derselbe hier mit Stillschweigen übergangen werden, zumal der Verfasser selbst dem Schöffengerichte keine innere Berechtigung und Wahrheit zuerkennt.

Der Schwerpunkt der Argumentation des Verfassers liegt, wie bemerkt, darin, daß das antwortende Kollegium sich mit dem fragenden Kollegium bei der Entscheidung selbst nicht mehr in eine Diskussion einlassen kann, daher auch das fragende Kollegium im Voraus nie im Stande ist, genau zu wissen, welche möglichen Zusätze, Modifikationen, eigenthümliche Antworten auf die eine oder andere Frage ergehen werden und also auch nicht im Stande ist, nach Maßgabe dieser Eventualität die folgenden Fragen anders zu stellen. Gewiß läßt sich diese Schwierigkeit nicht wegräsoniren, eben so wenig darf aber der Fragenformalismus der französischen Einrichtung mit dem Wesen der Jury indentificirt werden. Ist es denn ausgemacht, daß der Fragenkomplex überhaupt nothwendig immer als ein abgeschlossener hingestellt werden müsse? Könnte nicht zuerst die Hauptfrage gestellt werden, und lassen sich nach Beantwortung derselben die folgenden Fragen von dem fragenden Kollegium mit der getroffenen Entscheidung nicht in Einklang setzen? Ist ein solcher Vorgang möglich und dem Wesen der Jury nicht widersprechend, dann liegt das von Hye aufgezeigte Grundübel nicht, wie bewiesen werden will, im Wesen des Schwurgerichtes, sondern nur in einem vermeidlichen Formalismus der französischen Jury.

Der Verfasser begnügt sich nicht damit, darzulegen, daß ungerechte Freisprechungen in den verschiedensten Ländern vorzugsweise und beinahe durchgängig im Wesen der Schwurgerichts-Einrichtung begründet waren, er versucht auch durch Nachweisung einzelner Fälle darzuthun, daß in Folge der Spaltung der Entscheidung der Schuldfrage unter zwei Kollegien gar leicht auch ungerechte Schuldig-Verdikte entstehen können und schon wirklich entstanden sind. — Dr. v. Hye gibt zu, daß die Fälle, in welchen die Trennung zwischen einem fragenden und einem antwortenden Kollegium an einem ungerechten Schuldig-Verdikte Schuld tragen, seltener vorkommen. Aber es genügt ihm, daß derlei Fälle doch nicht zu den unerhörten gehören, um sofort auszusprechen, daß solche Verdikte der Gerechtigkeit geradezu in's Antlitz schlagen! Als ob vereinzelte ungerechte Verurtheilungen durch rechtsgelehrte Richter zu den unerhörten gehören würden, und Freisprechungen des Oberlandesgerichtes hinsichtlich der durch das Untergericht verurtheilter Personen selten vorkommen würden!

Wir theilen vollkommen die Indignation des Verfassers über ungerechte Schuldurtheile, können aber nicht das Schwurgericht allein für die Unvollkommenheit menschlicher Justiz verantwortlich machen. Die Zulänglichkeit der bisherigen Rechtsmittel gegen unbegründete Schuldig-Verdikte kann allerdings bestritten werden; wird aber durch die Unzulänglichkeit derselben etwa die Vorzüglichkeit eines rein schriftlichen Berufungsverfahrens über ein im mündlichen Verfahren gefälltes verurtheilendes Urtheil bewiesen? Doch lassen wir hier die Kontroverse über die Trüglichkeit einer Berufungsinstanz über die Schuldfrage bei Seite und nehmen wir von der Anerkennung Akt, welche der Verfasser der brittischen Jury zollt, von welcher gesagt wird, daß dieselbe in jeder Beziehung eine sachrichtigere Unterlage und eine gesundere Einrichtung darbiete, als das französisch-deutsche Schwurgericht. Herr v. Hye erklärt diese Anerkennung einfach daraus, daß das Geschworenengericht in England ein historisch gewordenes Institut, und zwar ein wahrhaftiges Rechtsinstitut ist. Wir erblicken in diesem Ausspruche eines so gewichtigen Gegners der Jury ein beachtenswerthes Zugeständniß. Daß wir das englische Schwurgericht nicht kopiren können, darüber sind wir Alle einig. Daß aber das deutsche Schwurgericht bei angemessener Pflege und Reform durch ungestörte Wirksamkeit sich bei uns als ein volksthümliches, mit den politischen Institutionen des Volkes verwachsendes Rechtsinstitut historisch ausbilden könne, daß also der Fehler der deutschen Jury, ein einmal neu eingeführtes Institut gewesen zu sein, bei uns mit jedem Jahrzehent geringer und nach einem Jahrhunderte ein verschwindend kleiner sein werde, wird wohl nicht bezweifelt werden können. Es handelt sich also darum, der Jury das Gepräge eines Rechtsinstitutes zu verleihen, und dieselbe mit den Rechtsanschauungen des Volkes in Einklang zu bringen. Daß ein durch Rechtsgrundsätze geregeltes Institut ein Rechtsinstitut sei, daß wir über das Zusammenwirken der Geschworenen und der ständigen Richter an der Urtheilsfällung so wie über die Vertheilung der Funktionen unter beiden Faktoren bestimmte Rechtsgrundsätze feststellen können, daß in den meisten Ländern die Jury das Vertrauen des Volkes genieße, und daß das Schwurgericht bei uns mit dem Volksrechtsbewußtsein nicht im Widerspruche gestanden sei, — diese Sätze dürften als unbestreitbar gelten. Sind diese Sätze richtig, dann können

unsere Gegner wenigstens die Möglichkeit, der Jury den Charakter als Rechtsinstitut zu verleihen, und die noch nicht mit der Jury vertrauten Völker für eine gedeihliche Wirksamkeit dieses Rechtsinstitutes zu erziehen — nicht in Frage stellen. Zugegeben, — daß die Voraussetzungen einer guten Wirksamkeit der Jury nicht überall und nicht gleichmäßig vorhanden seien. Allein was folgt hieraus? Nichts anderes, als daß die Frage nach der Einführung der Geschwornengerichte vornehmlich als eine Kulturfrage und als Frage der politischen Zweckmäßigkeit in Betracht komme! Hiemit ist aber der ganze Schwurgerichtsstreit außerordentlich vereinfacht, so zwar, daß die Vertheidiger der Jury schon als Sieger anzusehen sind, soferne sie nachweisen, daß die Geschworenen für die Rechtssprechung Vortheile bieten, welche die mit der Jury verknüpften Uebelstände weit überwiegen, daß die Schwurgerichte für die Verbesserung des Rechtslebens im Ganzen wie für die Hebung eines gesunden politischen Zustandes gute Dienste gewähren. In Oesterreich haben namentlich v. Würth und neuerlich vorzüglich Glaser diese Ueberzeugung mit bisher im Ganzen unwiderlegten Gründen vertheidigt und befestiget.

v. Hye behauptet nun, daß weder juridische noch politische Gründe zu Gunsten der Jury geltend gemacht werden können, welche stichhältig seien, und geht in der Beleuchtung derselben so weit, daß von seinem Standpunkte aus nichts unbegreiflicher bleibt, als die Liebe freier, gebildeter Völker für dieses Institut und die Vertheidigung derselben durch Männer der Wissenschaft und Freunde der Gerechtigkeit.

Nach seiner lebendigsten Ueberzeugung ist die Befähigung der Geschworenen eben nur eine patriotische Phantasie. Sie sind, so wird behauptet, entweder zaghaft oder voreilig in ihrem Urtheile. Irgend Einer unter denselben reißt die Anderen mit sich fort, und so kommt die Eskamotage eines Verdiktes von zwölf Männern zu Stande, welche, wie v. Hye sagt, der Zufall auf der Geschworenenbank zusammengewürfelt, zum größeren Theile nichts von praktischer Logik, nichts von Kritik verstehen, keine Erfahrung und weniger Menschenkenntniß als die wissenschaftlichen Richter besitzen; — mit einem Worte, die Geschworenenbank ist ein Jammerbild der durch die Vorschriften der Schwurgerichtsgesetze anerkannten Geistesdürftigkeit, Unselbstständigkeit, Hilflosigkeit — der Elite des Volkes — und selbst, wenn dieselbe die Wahrheit im einzelnen Falle eruiren wollte, so würde ihr jedenfalls das Können fehlen. Das ist die Vorstellung, die der Verfasser von der Jury hat, und welche jeder Freund des Rechtes und der Wahrheit wie Herrn v. Hye mit Abscheu erfüllen würde, wenn diese im Ganzen nicht ein Zerrbild wäre!

Aber wozu diesen Aufwand von Beredsamkeit und Argumenten? — Fällt es den heute den Vertheidigern der Jury ein, überhaupt und unbedingt die größere Befähigung des Geschworenen zum Richteramte zu behaupten? — Wir bescheiden uns mit der Behauptung, daß die Geschworenen zur Lösung der ihnen zugewiesenen Funktion nicht unfähig seien. Auf Kosten der tüchtigeren Qualifikation des ständigen Richters die des einzelnen Geschworenen herauszustreichen, haben wir nicht im Geringsten nöthig, zumal es sich nicht darum handelt, ob die Geschworenen im Einzelnen eine größere oder geringere Befähigung

haben. Genug, wenn sie das Rechte zu treffen wissen, wie tausendfältige Erfahrungen beweisen, und für welche die glaubwürdigsten Zeugnisse hervorragender Assisenpräsidenten und Staatsanwälte sprechen.

Was die größere Unabhängigkeit der Geschworenen betrifft, so macht selbst der Verfasser das Zugeständniß, daß dort, wo der Richterstand durch seine Organisation und seine Stellung zum Justizministerium mehr oder weniger abhängig erscheint, eine aus unabhängigen Männern des Volkes zusammengesetzte Jury eine unentbehrliche Schutzwehr der Gerechtigkeit, eine politische Nothwendigkeit werde. Mit Wärme und Offenheit bespricht Herr v. Hye die Schäden in unseren bestehenden Justizeinrichtungen, wenn derselbe auch nicht umhin kann, auszusprechen, daß der österreichische Richterstand trotz seiner dermaligen verkümmerten Stellung dennoch im großen Ganzen seine Unabhängigkeit bewahrt und bewährt habe. Was der Verfasser über die sociale Abhängigkeit der Geschworenen von ihren Mitbürgern bemerkt, besteht in allgemeinen, durch keine thatsächlichen Belege unterstützten Befürchtungen. Hat man je gehört, daß ehrbare Gewerbsleute, Advokaten, Aerzte u. dergl. sich bei ihrer Urtheilsfällung als Geschworene durch die Rücksicht leiten ließen, ihre Kunden und Klienten nicht zu verlieren? Bestätigte die Erfahrung bei uns, daß die Geschworenen bei ihren Wahrsprüchen nur zu häufig von Mißgunst, Gevatterschaften, Standesvorurtheilen, Konkurrenz-Rücksichten, von Koterien-Parteiungen u. dergl. geleitet werden? — Macht es doch einen wunderlichen Eindruck, auf Seite 143 zu lesen, daß die Geschworenen im Falle eines mißliebigen Verdiktes sociale Nachtheile, Verlust der Kundschaften, Klienten, Gäste, Patienten u. dergl. befürchten müssen, nachdem auf Seite 97 statistisch nachgewiesen worden ist, daß 80 bis 90 Procent aller Verbrecher der Hefe des Pöbels angehören, dessen Kundschaft und Klientel wohl leicht verschmerzt werden dürfte. Mit derlei Eingebungen einer lebhaften Phantasie kann der Streit über die größere oder geringere Unabhängigkeit der Staatsrichter wohl kaum zum Abschlusse gebracht werden.

Bisher führte die vorliegende Schrift sehr fleißig gesammelte Erfahrungen aus der Schwurgerichtspraxis des Auslandes an. Minder ausführliche Mittheilungen beziehen sich auf die österreichischen Schwurgerichte, von welchen Herr v. Hye zugesteht, daß sie sich durchaus nicht schlechter, ja vielfach besser als in manchen anderen Gegenden Deutschlands bewährt haben. Da jedoch, um mit dem Verfasser zu sprechen, „nicht sehr wenige Fälle" zu beklagen sind, in welchen die Geschworenen „trotz der offen vorgelegenen Schuld des Angeklagten vermöge der sich angemaßten Omnipotenz und Souveränität ein Nichtschuldig gefällt haben, da selbst diese, wenn auch vereinzelte, Verirrungen das Vertrauen zur Rechtsprechung der Schwurgerichte unheilbar erschüttern, — aus dem Nationalitäten-Standpunkte, aus konfessionellen Rücksichten, aus der Mißlichkeit, die Jury nur in einem Theile des Kaiserstaates einführen zu können, weitere Bedenken gegen die Jury in Oesterreich sprechen, eine gerechte Justizpflege sicherer und besser durch ein öffentliches, unmittelbares Strafverfahren mit einem wahrhaft unabhängigen und sorgenfrei gestellten Richterstande verbürgt sei, endlich da bescheidene Zweifel zulässig seien, ob in dem Verlangen nach Geschworenen in der Presse, in den Reichsraths- und Landtags-Verhandlungen auch der wirkliche Wille des

Volkes im Ganzen ausgeprägt erscheine; — beschwört der Verfasser im Namen der Gerechtigkeit und der Vaterlandsliebe alle Freunde einer guten Strafjustiz, die Schwurgerichte für ewige Zeiten aufzugeben, seinem Leitsterne, dem antiken Wahlspruche folgend:

Maluerim veris offendere, quam adulando placere! —

Zu einem ganz anderen Resultate gelangt Professor Glaser, welcher sich hinsichtlich der Wirksamkeit der österreichischen Schwurgerichte zunächst auf wichtige öffentliche Zeugnisse stützt. Nicht nur zahlreiche österreichische Justiz-Praktiker sprechen sich für die Wiedereinführung der Jury in Oesterreich aus, auch amtliche Berichte, welche Staatsanwalt Lienbacher in der interessanten, in dieser Zeitschrift besprochenen Schrift: — Sollen in Oesterreich Schwurgerichte eingeführt werden? 1861. — zusammengestellt hat, äußern sich vielfach zu Gunsten der Geschworenen. Die in Oesterreich gesammelten Erfahrungen bestätigen, daß die Geschworenen 1851 größtentheils sich gut bewährt haben, und verhältnißmäßig bei der Neuheit des Institutes wenige Mißgriffe und Verirrungen vorkamen. Der größte Theil jener Befürchtungen und Einwendungen, welche Herr v. Hye gegen das Schwurgericht vorbringt, wird durch diese amtlich beglaubigten und durch Zeugnisse v. Schmerling, v. Pratobevera, v. Mühlfeld, v. Rizy, Waser, Berger, v. Würth, Mittermaier, Zachariä und vielen Anderen bestätigten Erfahrungen wenigstens für Oesterreich in Frage gestellt. Darauf kommt es uns aber eben an. Wenn nun von diesem entschiedenen Gegner der Jury selbst „mit freudigem Herzen im Allgemeinen in das anerkennende Urtheil über die Geschwornengerichte in Oesterreich eingestimmt wird", — so können die Freunde derselben Herrn v. Hye dafür Dank wissen, daß er sich der weniger dankbaren Aufgabe unterzogen, die Gefahren und Mängel der Schwurgerichts-Institutionen hervorzuheben und vor leichtfertigen Maßregelungen derselben gewarnt habe. Darin liegt ein negativer Gewinn, denn wir nicht unterschätzen, und welcher bei der gesetzlichen Regelung der Schwurgerichte gute Dienste leisten kann.

Das richtige gegenseitige Verhältniß des politischen und des juristischen Gesichtspunktes, unter welchen die Jury aufzufassen ist, wurde neuerlich von Gneist, Walther, Glaser zutreffend nachgewiesen. Namentlich spricht Letzterer der Jury das Wort, nicht etwa weil die Geschworenen größere Befähigung als ständige Richter besitzen, sondern weil die Jury als Organ der Rechtsprechung keiner andern Einrichtung unbedingt nachsteht und für die Rechtspflege im Ganzen wie für die Aufrechthaltung eines gedeihlichen politischen Zustandes Vortheile gewährt, welche durch nichts Anderes erreicht werden können. Glaser gibt sogar zu, daß die Jury als ein Mittel zur Herbeiführung einer richtigen Entscheidung eines einzelnen Falles vielfach gegen einfache, ständige Richterkollegien im Nachtheile stehe, weil sie mehr der Gefahr ausgesetzt ist, durch politische, nationale, religiöse Leidenschaften fortgerissen, durch Deklamationen und Sophismen vom richtigen Wege abgelenkt zu werden, in die Gebiete des Gesetzgebers und Begnadigers überzugreifen u. dergl. m. Alles dieß zugegeben, frägt es sich, wie die Jury als Rechtsinstitut empfohlen werden könne, wenn sie zur Herbeiführung einer gerechten Entscheidung eines einzelnen Falles wirklich minder geeignet ist, wie ein ständiges Richterkollegium?

Darauf antwortet die würdig gehaltene, durch klare, fließende Darstellung ausgezeichnete Schrift mit Berufung auf eine anonyme schöne Abhandlung über die Jury in der deutschen Vierteljahresschrift 1862, Heft II., daß es bei einer guten Rechtssprechung vor Allem auf die Vermehrung der Urtheilsfinder, auf die Verschiedenartigkeit der Lebensweise, denen sie entnommen sind, auf die richtige Vertheilung der Funktionen der Urtheilsfällung unter verschiedene Faktoren ankomme, daß eine namhafte Vermehrung der Urtheilsfinder nur durch das Geschworenengericht bewerkstelliget werden könne, und das Verfahren vor dem Geschworenengerichte gründlicher, sorgsamer, korrekter, beruhigender sei, als das vor einem auf sich selbst beschränkten Kollegium ständiger Richter. Man werde ohne Jury mit dem modernen Strafprozesse nicht die ganze Fülle der erwarteten Früchte ernten und die erlangten Vortheile durch Schäden entgelten, welche nur das Schwurgericht vermeidet. Die Erfahrung bestätige, daß den Geschworenen die für den Fall maßgebenden Rechtsregeln so weit begreiflich gemacht werden können, daß sie die Thatsachen auf sie zu beziehen vermögen. Dabei befinden sich die Geschworenen genau in derselben Lage, in welcher sich ein rechtsgelehrtes Kollegium befindet, welches auf Grund von Kunstgutachten sich eine Meinung über Thatsachen zu bilden hat. Und wenn es unmöglich sein sollte, eine juridische Anschauung den Geschworenen begreiflich zu machen, so zeigt es sich eben, daß das Gesetz nicht verständlich genug ist, um dem Staatsbürger zur Norm seines Handelns zu dienen. Darüber kann nicht einfacher, nicht ungefährlicher erkannt werden, als durch den Ausspruch von unbefangenen Männern aus dem Volke, die eben selbst an sich den Versuch zu machen haben. Wenn Fragen auftauchen, wie z. B. ob der Angeklagte sich das Stehlen zur Gewohnheit gemacht habe? sich nur der nöthigen Vertheidigung bedient habe? — dann ist der rechtsgelehrte Richter oft in Gefahr, in Abstraktionen zu verfallen, während der Geschworene sich mehr an die Besonderheit des Falles hält, und ohne Gefährdung des Ansehens der Rechtsprechung auch halten kann. Gewiß ist es aber das Richtigere, wenn im Zweifel die gesunde Auffassung des einzelnen Falles über die Feststellung einer bedenklichen Konsequenz den Sieg davon trägt. — Möchte es aber auch sein, daß diese Vortheile der Jury durch deren Nachtheile aufgewogen werden, so müßte man doch noch zu Gunsten der Jury Folgendes anführen:

Damit, daß im einzelnen Falle ein gerechtes Urtheil gefällt werde, ist für die Zwecke der Strafrechtspflege noch nicht Alles gewonnen; Alles kommt darauf an, daß die moralische Wirkung des Verbrechens durch den moralischen Eindruck des Urtheils aufgehoben werde. Es muß dem Urtheile das unbedingteste Vertrauen zur Seite stehen. Wollte man Formen ersinnen, welche dieser Anforderung entsprechen, man könnte keine finden, die geeigneter wären, als die durch die Jury längst dargebotenen. — Diese Formen haben sich im Allgemeinen in Oesterreich gut bewährt; wir können daher gute Früchte von der Wiedereinführung der Schwurgerichte erwarten.

Nach diesen allgemeinen Aufklärungen wendet sich die Glaser'sche Schrift gegen v. Hye's Buch, zunächst gegen die Methode desselben. Was soll man sagen, wenn Herr v. Hye überall, wo er einen Fall konstatirt zu haben meint, der eine ungerechte Entscheidung enthält, die auf irgend einem anderen Wege

zu vermeiden gewesen wäre, sofort davon spricht, daß diese Entscheidung der Gerechtigkeit in's Auge schlage und darauf einen im Namen der Gerechtigkeit feierlich erhobenen Protest gegen die Schwurgerichte stützt? Kann man auf diese Weise nicht jede Schutzmaßregel gegen Willkür und Irrthum ad absurdum führen? —

Die Gerechtigkeit kann nichts Anderes fordern, als daß man jene Proceßformen gesetzlich und praktisch festhalte, welche, verglichen mit anderen, die verhältnißmäßig geringste Gefahr einer unrichtigen Entscheidung mit sich bringen. Je mehr ein Proceß dieser Forderung entspricht, desto mehr fördert er die Gerechtigkeit.

Die Einen erblicken in der Berufung und gesetzlichen Beweistheorie die erforderlichen Schutzmittel; die Anderen erkennen in den Schwurgerichten für diese einen ausreichenden Ersatz. Gerade hierin findet Glaser den Kern der Schwurgerichtsfrage, wie sie jetzt in Oesterreich gestellt ist. Da die Schriftlichkeit des Verfahrens heute Niemand, die gesetzliche Beweistheorie heute nicht einmal mehr ihr bisheriger lebhaftester Wortführer, Herr v. Hye, ohne Weiteres vertheidigt, — mit beiden aber die Berufung ihre sichere Grundlage verliert, so ist es nothwendig, die dadurch entstehende Lücke zu füllen. Es gibt nun, wie schon Feuerbach bemerkte, keine andere Wahl, als entweder keine allgemein gesetzlich vorgeschriebenen Beweisnormen, alsdann aber zum wenigsten ein Geschworenengericht oder kein Geschworenengericht alsdann aber eine gesetzliche Beweistheorie, nach welcher der zugleich über die Schuld erkennende Richter seinen Schuldausspruch zu rechtfertigen hat.

Hieraus folgt, daß ein dringendes Bedürfniß die Schwurgerichtsfrage auf die Tagesordnung stellt, und man wird uns zeigen müssen, daß dieses Mittel schlecht sei, und daß man uns ein besseres zu bieten habe, ehe wir von der Jury lassen. Glaser weiset nun nach, daß es Herrn v. Hye nicht gelungen sei, das Verlangen nach Schwurgerichten als ein ungerechtfertigtes darzustellen, daß Herr v. Hye die erschütternde Behauptung von zahlreichen ungerechten Verurtheilungen durch die Jury aus Oesterreich nur mit einem einzigen, und zwar problematischen Beispiele unterstützen konnte, selbst Aussprüche, welche zwar nicht ergingen, aber beinahe ergangen wären, als schlagende Thatsachen anführte, sich vorwiegend nur auf französische Zeugnisse berief, von welchen sich nur eines, das von Hélie, aus neuerer Zeit 1847 datirt, mit einem Worte, daß der von Herrn v. Hye erbrachte Beweis hinter der Beweisanbietung weit zurückgeblieben sei, und denselben dort seine reiche Kenntniß der Literatur verlassen habe, wo es sich darum handle, unrichtige Entscheidungen von rechtsgelehrten Beamten-Kollegien im Gegensatze zu den durch Geschworene erfolgten ungerechten Verurtheilungen namhaft zu machen. Nicht einmal der Fall Calas oder die kleine Sammlung in Welker's Schrift über die Schwurgerichte findet Erwähnung, und eben so wenig werden die Fälle gewürdiget, in welchen verurtheilende Erkenntnisse der unteren Gerichte durch höhere aufgehoben werden mußten.

Als der gelungenste Theil der bekämpften Schrift wird diejenige Partie bezeichnet, in welcher v. Hye beweiset, daß die durch das Wesen des Schwurgerichtes gebotene Theilung der Geschäfte sehr häufig zu verfehlten Urtheilen An-

laß gebe. Hier werde eine wirkliche Beweisführung unternommen, und aus Gründen, welche sich der Beurtheilung nicht entziehen. Glaser meint, nicht im Wesen der Jury sei der Grund der großen Schwierigkeiten der Fragestellung gelegen, sondern darin, daß die Geschworenen eine Kollektivperson sind, daß es immer eine Fiktion ist, wenn man die Meinungen mehrerer Personen als einen Ausspruch hinstellt. Dieß gelte eben so von Richterkollegien, in deren Mitte die meisten der in der Fragestellung hervortretenden Schwierigkeiten auch vorkommen und nicht selten durch Transaktionen der verschiedensten Art umgangen, verdeckt und den — Rechtsmitteln der Parteien entrückt werden! — Glaser kritisirt in dieser Richtung die von Herrn v. Hye angeführten Beispiele und kommt zu dem Ergebnisse, daß, wenn die Schwierigkeiten der Fragestellung im Juryverfahren sich auch manchmal steigern, dafür der unschätzbare Vortheil entschädige, daß sie offen behandelt werden und dem Angeklagten ein Rechtsmittel gegen eine verfehlte Abstimmung möglich wird. Auf diese Weise sichert die durch die Zuziehung von Geschworenen nothwendig gemachte Fragestellung die Korrektheit des gerichtlichen Vorganges.

Interessant ist ferner, was Glaser über den principiellen Unterschied zwischen Schwurgerichten und Schöffengerichten anführt. Es bedarf wohl keiner Erklärung, daß sich derselbe entschieden gegen die Negation des Schwurgerichtsgedankens ausspricht, die dem Vorschlage eines durch Schöffen verstärkten ständigen Richterkollegiums zu Grunde liegt, und daß die gegen diesen von Hye auch nur eventuell gewürdigten Vorschlag vorgebrachten Bedenken in unserer Literatur noch nicht so klar erörtert worden sind. Wahlberg.

Die Reform der Staatsanwaltschaft in Deutschland. Von Prof. Dr. F. v. Holtzendorff. Berlin, Guttentag. 1864.

Schwurgericht und Staatsanwaltschaft sind seit 1848 in eine geschichtliche Wechselwirkung zu einander getreten. Gemeinschaftlich war beiden Einrichtungen nur die Richtung gegen die ehemalige Stellung des Richteramtes, welches den Anhängern volksthümlicher Rechtsprechung zu bureaukratisch, den für ihren Einfluß besorgten Regierungsbehörden zu schwerfällig erschien, um energisch eingreifen zu können. Deutschland nahm sich das ministère public zum Muster, welches durch Napoleon so gut wie die französische Jury imperialisirt worden ist. Napoleon hielt viel auf seine Jury, und in seinen ministère public sah er ein juristisch-militärisches Ideal: Truppen, welche bald auffitzen, bald Vorpostendienste thun gegen die Feinde der Gesellschaft. Die Staatsanwälte, welche dem Namen nach Wächter des Gesetzes oder Stützpfeiler schwankender Gerichte sein sollten, erwiesen sich als die Windfahnen, an denen man eintretende athmosphärische Veränderungen sofort bemerken konnte. Sie waren ein ständiges Organ für politische Partei-Interessen, welches von der Hand des Justizministers beliebig in Bewegung gesetzt werden konnte.

Bis zur Einführung der Staatsanwaltschaft war die Anklage in Deutschland eine Aufgabe des richterlichen Amtes, und hatte als solche Theil an der der Rechtspflege zugestandenen Unabhängigkeit.

Dem Einfluße französischer Anschauungen gelang es, mit der Staatsanwaltschaft eine sogenannte Opportunität nach Deutschland zu importiren, auf Grund welcher die Handhabung der Strafgesetze zu einer bloßen Nützlichkeitsmaßregel herabgesetzt werden sollte.

Die Gefahr solcher Auffassung erkennend, hat man jener fränkischen Opportunität das Prinzip der Legalität entgegengesetzt. Verfehlt war es, die französische Staatsanwaltschaft mit ihrer Exklusivität der Initiative und Vertreterschaft des Gesetzes zu kopiren. Nothwendig war nur die Herstellung eines besonderen, vom Richter verschiedenen Organes für die Vertretung der Anklagemomente im mündlichen Verfahren! —

Nach diesen allgemeinen Betrachtungen deutet der Verfasser in seiner bekannten geistreichen und pikanten Weise die Bedenken an, welche gegen die Wirksamkeit einer abhängigen Anklagebehörde obwalten. Mit lebhaften Farben schildert v. Holtzendorff die Gefahren, von welchen die administrative Handhabung des Anklagerechtes umgeben ist, und es bedarf keines Scharfsinnes, um aus dieser frisch und freisinnig geschriebenen Schrift die beklagenswerthe Spannung herauszulesen, welche zwischen der preußischen Judikatur und Advokatur einerseits, und der Staatsanwaltschaft andererseits besteht. Dinge, die bei uns noch als erträglich gelten, werden gegenwärtig in den speciell-preußischen Verhältnissen der Staatsanwaltspraxis als schwerer Mißstand empfunden.

Der Verfasser zeigt, wie der zweite Juristentag zu Dresden bemüht gewesen ist, das vielfach vorhandene und namentlich in Frankreich gerügte Mißverhältniß zwischen Anklagebehörde und Vertheidigung halbwegs auszugleichen, die sogenannte Gleichheit der Waffen mindestens während der mündlichen Verhandlung herzustellen.

Mit Schärfe beleuchtet von Holtzendorff die Bedenken, die gegen die Auffassung sprechen, daß der Staatsanwalt in keinem Proceßstadium die Stelle einer Partei einnehme. Ich kann den Ausführungen desselben, daß die Staatsanwaltschaft ihrem Berufe und ihrer Stellung nach nichts Anderes sein solle, als eine Proceßpartei, und daß es gefährlich sei, sie als Behörde dem Richteramte zu assimiliren, um so mehr zustimmen, als ich diese Ansicht seit Jahren in Wort und Schrift vertheidigt habe. Die processuale Gleichberechtigung der Staatsanwaltschaft mit der Vertheidigung in Strafsachen ist ein Gebot der Gerechtigkeit. Das hierüber von dem Verfasser Bemerkte ergänzt in manchen Punkten die namentlich von Mittermaier, Walther u. A. vertheidigte Ansicht über die Gleichstellung der Vertheidigung und der Anklageschaft. — Staatsanwaltschaft und Vertheidigung sind gleich sehr oder gleich wenig Partei. Beide erscheinen als nothwendige Faktoren zur Herbeiführung unparteiischer Würdigung des Sachverhaltes durch den Richter. Der Parteistandpunkt der Staatsanwaltschaft und der Vertheidigung liegt in der Verschiedenheit der Mittel, mit denen das Endziel unparteiischer Entscheidung erreicht werden soll. Die Staatsanwaltschaft vertritt zunächst die Voraussetzung der Schuld Angesichts der Möglichkeit, daß sich dennoch Unschuld herausstelle. Ohne Glauben an ein ihr günstiges Beweismittel würde sie die Anklage nicht erheben. Sie ist dafür interessirt, daß die Gewissenhaftigkeit ihrer Anklage außer Zweifel gesetzt werde. Durch den vom Staatsanwalte erwähl-

ten Standpunkt, durch das von ihm erstrebte oder doch als wahrscheinlich vorausgesetzte Endresultat ist die Parteirolle gegeben. Dieser Parteitendenz gegenüber steht die der Vertheidigung, welche darin besteht, der Einseitigkeit des Belastungsbeweises entgegenzuwirken, ihn so sehr zu erschweren, daß dadurch, wenn er gelingt, das doppelte Gewicht von Gewißheit, und folglich auch das höchste Maß der moralischen Autorität für verurtheilende Erkenntnisse erlangt werde. Auf Seiten der Staatsanwaltschaft findet der Verfasser in der Regel ein höheres Maß von Subjektivität und Einseitigkeit, als bei der Vertheidigung, weil die allgemeine Tendenz der ersteren positiv und angreifend, die der letzteren negativ und abwehrend ist, und jeder Amtsberuf ohne Unterschied nach langjähriger Uebung zu einer gewissen Einseitigkeit der Vorstellungen führt. Diese Einseitigkeit manifestirt sich in der Neigung, die Grenzen des Strafgesetzes immer weiter auszudehnen, neue Anwendungen desselben zu entdecken, durch gewandte Interpretation die Subtilitäten der Kriminaljurisprudenz leuchten zu lassen. Von dem Standpunkte permanenter Anklägerschaft ausgehend, ist man in Gefahr, zu vergessen, daß das oberste praktische Ziel der Strafgesetzgebung der Schutz der gesellschaftlichen Freiheit gegen die im Verbrechen liegende Beeinträchtigung ist, daß das Strafrecht in vorderster Linie Abwehr, nicht Verfolgung sein soll. Es wirkt erschütternd, wenn man der Aufzählung der Gefahren folgt, die Herr v. Holtzendorff aus der heutigen Staatsanwaltspraxis in Frankreich und — Preußen für das Rechtsleben und die legalen Gegner der jedesmal herrschenden Regierung ableitet. Können aber diese Verirrungen und Schwächen maßgebend sein für die Reform der Staatsanwaltschaft überhaupt und der Gesetzgebungspolitik die Richtung vorzeichnen? Dieß haben wir bei einer unbefangenen Prüfung wohl nicht außer Acht zu lassen. Noch sind die staatsanwaltschaftlichen Zustände in Deutschland von den französischen — ein wenig verschieden, wenn es auch nicht an einzelnen Organen fehlt, welche die politische Musterwirthschaft des französischen Imperialismus bewundern. Jedenfalls hat die Erfahrung uns ein Korrektiv der staatsanwaltschaftlichen Praxis an die Hand gegeben, indem sie das Bedürfniß der Privatanklage zu größerer Anerkennung gebracht hat. Herr v. Holtzendorff verkennt nicht, daß von der Privatanklage für Fälle der von der Staatsanwaltschaft verweigerten Anklageerhebung wohlthätige Wirkungen zu erwarten seien, allein nach seiner Meinung ist gerade bei den Verletzungen der öffentlichen Rechtsordnung und der Schädigung des Staates das Bedürfniß am dringendsten, der Einseitigkeit der Staatsanwaltschaft durch die Privatklage ein Gegengewicht zu geben. Dem stolzen Nachgefühle eines antiken Republikanismus werde ein Privatkläger, der blos für gekränkte Vermögensrechte Genugthuung im Strafprozesse sucht, keine Sympathie einflößen. Ganz anders aber sei es, wenn der Privatkläger Namens des Staates, ohne eigene persönliche Interessen, furchtlos die Verwirklichung des Rechts betreibt, und einen einflußreichen Gegner, einen hochgestellten Beamten — vor die Schranken des Gerichtes fordert.

Der Verfasser vermißt außerhalb und innerhalb der Staatsanwaltschaft feste Bürgschaften für eine konsequente, gerechte, maßvolle Handhabung des Anklagerechtes. Die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von dem Justizministerium scheint ihm eine unerläßliche Ergänzung der Unabhängig-

keit der Gerichte und eine Bürgschaft gegen die Nachtheile des Anklagemißbrauches zu sein. Seine Forderung ist daher auf Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit der Anklagebehörde gerichtet — und der Grund derselben liegt in den nachgewiesenen oder befürchteten Gefahren, welche die administrative Handhabung des Anklagerechtes umgeben.

Hiemit läßt sich die Tendenz der vorliegenden Schrift in dem Satze zusammenfassen, daß der politisch beeinflußten Strafrechtspflege mit aller Macht des moralischen Bewußtseins wirksamer wie bisher entgegengewirkt werden soll, und daß im Besonderen eine administrativ abhängige Staatsanwaltschaft das gefährliche Komplement zu dem Grundsatze der politischen Ausnahmegerichte bilde. — Liberalismus ist in den Augen des Verfassers kein Ziel des Rechtslebens, wohl aber die Gleichheit aller politischen Parteien vor dem Strafgesetze. Aus diesem Grunde müsse die Staatsanwaltschaft als ein Bestandtheil der Gerichtsverfassung eingerichtet werden und aufhören, ein Machtwerkzeug der Staatsregierung zu sein. Wahlberg.

Ueber die Zunahme des Verbrechens des Meineides, nebst einigen Vorschlägen zu dessen Verminderung. Vom Obergerichtsrathe O. Griesebach. Hannover, 1864. Hahn'sche Buchhandlung.

Die Kriminalstatistik für Hannover weiset eine auffallende Zunahme des Meineides nach. Der Sitz des Uebels liegt nach der Meinung des Verfassers in dem so weit verbreiteten Unglauben. Nach seiner 39jährigen Erfahrung schwören Juden seltener falsch als Christen. In der Belebung des christlichen Elementes nicht nur von Seite der Schwörenden, sondern auch von Seite der Richter soll das Heilmittel gesucht werden. In bedenklichen Fällen sollen Geistliche intervenieren. Da in Processen über Grundeigenthum und Servituten viele Eide, und daher auch Falscheide geschworen werden, wird vor Allem die Einführung eines nach Realfolien geordneten Hypothekenbuches, in welches auch Servituten eingetragen werden, anempfohlen. Auch in der Abschaffung des Injurienprocesses, in Wegfalle der Eidesdelation, des Erfüllungs- und Reinigungseides in Injuriensachen findet der Verfasser ein Mittel, um Eide, folgeweise Meineide, zu vermindern, ohne sich auf eine genaue Detaillirung seiner Vorschläge einzulassen. Das ist Alles. Wahlberg.

Die Entwickelung der Landeshoheit in Deutschland in der Periode von Friedrich II. bis einschließig zum Tode Rudolf's von Habsburg. Statistisch erörtert von Dr. Josef Berchthold. 1. Thl. 8°. (VIII u. 156 S.) München. Rieger.

Obgleich der Verfasser, der uns durch seine Arbeit über „Die Landeshoheit Oesterreichs nach den echten und unechten Freiheitsbriefen" rühmlichst bekannt, die vorliegende Schrift selbst als „den kleinsten Theil" seiner Arbeit bezeichnet, so glaubten wir dieselbe doch schon jetzt anzeigen zu sollen, da wir das Dargebotene als einen sehr dankenswerthen Beitrag zur Aufhellung der verwickelten Reichsverhältnisse im 13ten Jahrhunderte ansehen.

Nach des Verfassers Ansicht war keine Periode des deutschen Reiches für die Begründung einer dem Reichsoberhaupte selbstständig gegenüberstehenden Fürstenmacht (Landeshoheit) entscheidender, als die Regierungszeit K. Friedrich's II., weil das, was bis dahin blos vermöge des Herkommens oder vereinzelter Privilegien bestand, durch förmliche Reichsgrundgesetze seine principielle Anerkennung zum Nachtheile des Königthums gefunden hat, und dann auch, weil der Umfang der reichsfürstlichen Rechte durch die Concessionen Friedrich's wesentlich gesteigert wurde. Im vorliegenden „ersten Theile" bespricht der Verfasser die ersten acht Regierungsjahre Friedrich II. (1212—1220). Gleichsam als Einleitung hiezu werden „vorbereitende Bemerkungen über die Hauptfaktoren jener Entwickelung (der Landeshoheit), nämlich über die Institutionen des Papstthums, Kaiserthums und des Reichsfürstenstandes in ihrem Verhalten zu einander" vorangeschickt, und dann das Verhältniß Friedrich's zum Papste und zur Kirche festzustellen gesucht. Beides geschieht in einer für den eigentlichen Zweck des Werkes theilweise etwas zu breiten und doch nicht genügend umfassenden Weise; denn es werden hier Details angeführt, welche völlig irrelevant, und kein umfassendes und klares Bild der Machtstellung gegeben, welche die Reichsfürsten schon vor Friedrich II. errungen hatten. Gerade dieß letztere ist aber vor Allem nothwendig, will man den Zuwachs an Macht richtig würdigen, welche die Reichsfürsten während der Regierung Friedrich's II. erlangten. Seite 51—73 werden dann die wichtigen Zugeständnisse gewürdiget, welche Friedrich durch die goldene Bulle von Eger (vom 12. Juli 1213) den geistlichen Fürsten theils direct, theils indirect durch Erhöhung des päpstlichen Einflußes in Deutschland machen mußte; sodann werden S. 86—101 die bekannten Weisthümer der Fürstenversammlungen aus den Jahren 1216, 1218 und 1220 besprochen, welchen der junge König seine Zustimmung gab. Wenn wir den Klagen des Verfassers über diese Reichssentenzen, durch welche das Ansehen und die Macht des Königs einen mächtigen Stoß erhielt, auch beistimmen müssen, so glauben wir doch, daß derselbe ein bei deren Würdigung gar sehr in Betracht kommendes Moment fast ganz übersah; dieß ist, daß all' jene Beschlüsse aus der Initiative der Fürstenversammlungen hervorgingen. Der König hätte diesen Beschlüssen allerdings die Sanction verweigern können, allein konnte er es, bei der Bedeutung und Macht, welche die Reichsfürsten schon damals besaßen, wagen, sich in einen so bedenklichen Widerspruch gegen dieselben zu setzen? Waren die Folgen, welche aus einer solchen Differenz entsprungen wären, für ihn und das Reich nicht gefahrvoller, wie die, welche sich aus diesen Concessionen ergaben? Der Verfasser erörtert diese Frage wohl deshalb nicht, weil er, wie es scheint, die Macht, welche die Reichsfürsten schon vor den Concessionen besaßen, welche sie durch Friedrich II. erhielten, unterschätzt. S. 101 bis 121 folgt eine ziemlich eingehende Zusammenstellung von Begünstigungen, welche Friedrich an einzelne geistliche und weltliche Fürsten gemacht. Die Vergünstigungen, womit die geistlichen Fürsten bedacht wurden (S. 101—116), waren wichtiger und zahlreicher, als die an weltliche Fürsten (S. 116—121), was damit erklärt wird, daß Friedrich seine Erwählung vorzugsweise den geistlichen Fürsten zu verdanken hatte und ihre Gunst auch für die Zukunft bedurfte. Den Schluß macht (S. 121—156) eine Prüfung der Vereinbarung (confoederatio) Friedrich's

mit den geistlichen Fürsten vom Jahre 1220, welche der Verfasser als den „vorher verabredeten Kaufpreis für die Stimmen der geistlichen Fürsten zur Wahl Heinrich's" bezeichnet. — Der Werth dieser Arbeit liegt, wie wir glauben, darin, daß der Verfasser in ihr eine gute und vollständige Zusammenstellung all' der durch Friedrich II. in den ersten Jahren seiner Regierung erlassenen Gesetze gibt, welche für die Entwickelung der Landeshoheit in Betracht kommen, und daß er sie in einer von des Verfassers umfassenden und correcten Kenntniß zeugenden Weise nach Entstehung und Inhalt erörtert. Dafür muß man dem Verfasser danken, wenn man auch sonst gegen manche seiner Ansichten Bedenken haben mag. Erst nach dem Erscheinen des zweiten Theiles, dem wir mit aufrichtigem Interesse entgegensehen, wird es möglich sein, ein Urtheil darüber abzugeben, ob durch dieß Werk wirklich eine und zwar sehr fühlbare Lücke in unserer rechtshistorischen Literatur ausgefüllt wurde. Dr. v. Kremer-Auenrode.

Gedruckt bei Josef Stöckholzer v. Hirschfeld.

Stanford University Libraries
3 6105 126 941 520

K
15
E7
v.13-14

DATE DUE

STANFORD UNIVERSITY LIBRARIES
STANFORD, CALIFORNIA
94305